

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES
DROITS DE L'HOMME : LA PERTINENCE DU CONCEPT D'HÉGÉMONIE EN
DROIT INTERNATIONAL

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

CORALIE RIENDEAU-FOURNIER

SEPTEMBRE 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.07-2011). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de mémoire, la professeure Mirja Trilsch. Ce mémoire ne serait pas ce qu'il est sans son précieux appui, sa patience et ses nombreux conseils. Je la remercie sincèrement d'avoir accepté de diriger ce mémoire.

Mes remerciements vont aussi au professeur Rémi Bachand, qui a eu un impact marquant dans mon cheminement académique. Le professeur Bachand a suscité chez moi un intérêt marquant pour les théories critiques en droit international, ce qui a guidé mon parcours à la maîtrise.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	vii
INTRODUCTION.....	1
CADRE THÉORIQUE.....	5
1. Actualisation et définition du concept d'hégémonie.....	6
1.1 Origine du concept.....	7
1.2 Définition du concept d'hégémonie	8
1.3 Effets de l'établissement d'un ordre hégémonique.....	10
2. Le Droit comme vecteur d'hégémonie.....	11
2.1 L'Universalisation comme élément de diffusion des normes.....	12
2.2 La Naturalisation comme outil d'internalisation par les sujets.....	13
2.3 La Rationalisation comme mécanisme de reproduction de l'hégémonie.....	14
3. La Cour européenne des droits de l'homme comme institution hégémonique.....	16
3.1 La Cour européenne des droits de l'homme comme vecteur d'universalisation.....	17
3.2 La naturalisation et la rationalisation progressives de l'institution...	19

CHAPITRE I

LA LÉGITIMITÉ COMME CRITÈRE NÉCESSAIRE À L'ÉTABLISSEMENT ET AU MAINTIEN DE L'HÉGÉMONIE.....22

1. Contextualisation et définitions du concept de légitimité.....	22
1.1 L'Apport de la sociologie dans la définition du concept de «légitimité».....	24
2. Les Fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme.....	28
2.1 L'Objet et les sujets de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme.....	28
2.2 Les Fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme.....	29
2.2.1 La légitimité constitutive de la Cour européenne des droits de l'homme	30
2.2.1.1 Fondement légal relatif à la constitution de la Cour.....	30
2.2.1.2 Objectifs politiques auxquels se rattache l'instauration de la Cour	32
2.2.1.3 Le processus de consolidation de la légitimité constitutive de la Cour par le biais de ses arrêts.....	34
2.2.2 La légitimité performative de la Cour européenne des droits de l'homme.	36
2.2.2.1 La Constitutionnalisation comme méthode de garantie du succès effectif de la Convention.....	36
2.2.2.2 Les Réformes de la Convention comme moyen d'assurer le succès technique de la Cour	41
2.3 Les Arrêts rendus par la Cour comme principal mode de légitimation de l'institution	45
2.3.1 La Consolidation de l'autorité morale de la Cour par ses jugements.....	45
2.3.1 La Consolidation de la légitimité sociale par les arrêts rendus par l'institution.....	46

CHAPITRE II

L'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.....48

1. L'Interprétation du concept de «victime» par la Cour comme comprenant aussi les victimes potentielles et indirectes.....49
 - 1.1 L'Interprétation généreuse de la Cour de la qualité de victime : l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* comme introduisant le concept de «victime potentielle».....50
 - 1.2 La reconnaissance du statut de «victime indirecte» dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*53
2. La Reconnaissance de l'application extraterritoriale de la Convention par la Cour55
 - 2.1 L'Élargissement de la compétence de la Cour par le déploiement des effets de la Convention à l'extérieur de l'espace territorial des États parties56
 - 2.2 L'extension de la compétence territoriale par l'application de la Convention sur le territoire d'un État tiers58
3. L'Élargissement de la compétence temporelle de la Cour par la considération d'éléments antérieurs à la ratification60
 - 3.1 La situation caractéristique de la violation continue et la considération de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention comme tentative d'ouverture de la Cour.....61
 - 3.2 L'Élargissement de la compétence temporelle de la Cour avec l'affaire *Šilih c. Slovénie*63
4. L'interprétation large des droits contenus dans la Convention comme élargissant la compétence matérielle de la Cour64
 - 4.1 L'Élargissement de la compétence matérielle de la Cour par l'interprétation large de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants65
 - 4.2 L'Élargissement de la compétence de la Cour par l'introduction de catégories autres que celles prévues par la Convention : l'intégration de l'interdiction de la traite de personnes par la Cour69

5. L'Élargissement de la compétence de la Cour comme reflet du lien existant entre le statut hégémonique de l'institution et son caractère légitime	70
5.1 Les Arrêts rendus par la Cour comme moyen de consolider à la fois la légitimité constitutive et le statut hégémonique de la Cour	71
5.2 Le Caractère effectif de l'institution par les jugements prétoriens comme renforçant le caractère hégémonique et légitime de la Cour.....	73
 CONCLUSION.....	 77
 BIBLIOGRAPHIE	 83

RÉSUMÉ

La Cour européenne des droits de l'homme a permis des avancées non-négligeables en termes de protection et de développement des droits. En plus d'accroître les obligations des États en vue de se conformer à la Convention par le développement du spectre des droits protégés, les jugements rendus par la Cour ont eu pour effet d'élargir la compétence de la Cour. Cet élargissement de la compétence de la Cour n'était pas prévu par les dispositions initiales concernant le recours individuel; il existe donc un décalage entre le libellé de la Convention et la compétence de la Cour telle que développée par la jurisprudence. C'est par l'adoption d'un regard interprétatif divergeant d'une interprétation uniquement textuelle que la Cour a pu faire évoluer sa compétence au fil du temps et, de manière plus spécifique, par l'adoption d'une interprétation téléologique ainsi qu'au recours à la doctrine de l'effet utile.

La situation ci-décrite nous a amenée à nous interroger sur les mécanismes permettant à la Cour de maintenir une perception de sa légitimité, considérant que la Convention n'arrose pas aux juges la possibilité d'élargir la compétence de l'institution. Ce mémoire cherche à avancer l'hypothèse que les actions de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrivent dans une dynamique hégémonique, qui a effet de maintenir une perception de légitimité du processus d'élargissement de la compétence de la Cour. La proposition offerte est influencée par les approches néo-gramsciennes en droit international.

MOTS CLÉS : Cour européenne des droits de l'homme, légitimité, hégémonie, Gramsci, compétence de la Cour

INTRODUCTION

Avec une juridiction s'étendant de Westport à Vladivostok et comprenant plus de 800 millions d'individus¹, la Cour européenne des droits de l'homme [la Cour] se positionne à l'avant-plan comme instrument de régulation de l'ordre public européen, et ce dû à deux éléments. D'une part, la Cour fait la promotion de la démocratie² et le respect des droits de la personne³ par le biais de ses jugements; d'autre part, l'institution a élargi son champ d'action, tout en interdisant aux États la possibilité de se soustraire de sa juridiction, sans procéder à une dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁴ [la Convention].

Des avancées non-négligeables en termes de protection des droits de la personne ont été réalisées suite aux arrêts rendus par l'institution. En plus d'accroître les obligations des États en vue de se conformer à la Convention par le développement du spectre des droits protégés, les jugements rendus par la Cour ont eu pour effet d'élargir la compétence de la Cour. La situation ci-décrite nous a amenée à nous interroger sur les mécanismes permettant à la Cour de maintenir une perception de sa légitimité, considérant que la Convention n'arroe pas aux juges la possibilité d'élargir la compétence de l'institution.

¹ Françoise Tulkens et Sébastien Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme » (Conférence lors de la Table ronde dans le cadre de la 3e Académie Européenne d'Été, Grenoble, Université Pierre-Mendès, 27 septembre 2002), à la p. 21.

² *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (1976), 23 CEDH (série A) 6, 1 EHRR 711, au para. 53.

³ *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 CEDH (série A) 14, 11 EHRR 439, au para. 87.

⁴ Pour adhérer à la Convention, il est nécessaire de reconnaître la compétence de la Cour. Ainsi, pour se soustraire à la juridiction de la Cour, l'État doit, en conformité avec l'article 58, dénoncer la Convention, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5 [Convention européenne des droits de l'homme].

Dans ce mémoire, nous avançons l'hypothèse que les actions de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrivent dans une dynamique hégémonique. Cette hégémonie a pour conséquence le maintien d'une perception généralisée de la légitimité du processus d'élargissement de la compétence de la Cour, qui a pris forme avec les arrêts rendus par l'institution. Dans le cadre de ce projet, nous transposerons un concept dégagé des écrits de Gramsci⁵, soit le concept d'hégémonie, à notre sujet de recherche, afin d'exposer la dynamique propre à l'institution.

D'une part, nous soutenons que l'adoption d'un prisme d'analyse néo-gramscien est pertinent pour l'analyse du droit international⁶ et présente un intérêt académique certain, considérant la nature duale du droit, à la fois par son rôle de coercition et de création de consentement. En effet, le droit a un rôle d'encadrement et de répression des comportements, tout en possédant une dimension idéologique importante puisqu'il est producteur de normes et de règles⁷. À cet effet, Buckel et Fischer-Lescano précisent que par sa double nature, le droit permet l'établissement d'une «productive form of power, defining through legal practices types of subjectivity, forms of knowledge, and thus also producing relations between human beings and truth: subjectivities and forms of life»⁸.

⁵ D'emblée, nous désirons mettre l'accent sur l'idée que les aspects plus critiques de ce projet de recherche ne visent pas à contester les avancées matérielles en termes de protection des droits réalisées par la Cour. Nous considérons cependant nécessaire de se questionner de manière critique sur les institutions chargées de la protection des droits humains et, plus spécifiquement en ce qui concerne ce projet de recherche, sur les dynamiques permettant à la Cour d'élargir sa compétence, d'où la pertinence de l'analyse de Gramsci.

⁶ James D. Fry, « Legitimacy Push : Towards a Gramscian Approach to International Law » (2008) 13 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 307.

⁷ Douglas Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law » (2000) *BYU Rev.*, à la p. 530.

⁸ Sonja Buckel et Andreas Fischer-Lescano, « Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law » (2009) 22 : 03 *Leiden J Int Law*, à la p. 447.

D'autre part, nous cherchons à développer une meilleure compréhension de la fonction idéologique du droit et, plus précisément, de son apport à la construction hégémonique en facilitant l'organisation sociale par la production et la diffusion de normes et de règles associées à une conception particulière du monde. Il est cependant nécessaire de mentionner que cette contribution académique s'inscrit dans une lignée des travaux de Koskenniemi⁹, Fry¹⁰, Cutler¹¹, Litowitz¹², Buckel et Fischer-Lescano¹³ ainsi que de Bachand¹⁴, qui ont fait état des liens existant entre les concepts développés par Gramsci et le droit international.

L'analyse proposée par la communauté académique reste toutefois embryonnaire en ce qui a trait aux institutions juridiques. L'originalité de ce projet de recherche réside donc en la volonté d'appliquer ces concepts et, plus spécifiquement, le concept d'hégémonie à une institution spécifique, soit la Cour européenne des droits de l'homme.

Afin de valider notre hypothèse, nous adopterons la méthode suivante. Dans un premier temps, nous définirons le concept d'hégémonie, qui est la notion clé à la base de notre analyse. En se fondant sur les éléments théoriques développés par des auteurs rattachés aux approches néo-gramscienues, nous allons analyser le rôle que joue le droit dans la diffusion des normes ainsi que dans leur internalisation par les sujets du droit et leur reproduction par les académiciens. Nous articulerons ensuite

⁹ Martti Koskenniemi, « International Law and Hegemony: a Reconfiguration » (2004) 17 : 2 *Camb Rev Int Aff* 197.

¹⁰ Fry, *supra* note 6.

¹¹ A Claire Cutler, « Gramsci, Law, and the Culture of Global Capitalism » (2005) 8 : 4 *Crit Rev Int Soc Polit Philos* 52.

¹² Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law », *supra* note 7.

¹³ Buckel et Fischer-Lescano, « Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law », *supra* note 8.

¹⁴ Rémi Bachand, « Coercition et consentement : le droit international et l'idéologie droit-de l'homme au fondement de l'hégémonie occidentale », en ligne : <http://professeurs.uqam.ca/component/savrepertoireprofesseurs/cv?mId=F0S3n%2f6TOHA>

ces éléments théoriques au regard du cas d'espèce pour déterminer si la Cour européenne peut être qualifiée d'institution hégémonique

Dans un second temps, nous allons nous pencher sur le concept de légitimité et sa pertinence pour l'établissement et le maintien d'un ordre hégémonique. Plus spécifiquement, une institution peut être qualifiée de légitime si celle-ci est perçue comme étant effective, tout en rencontrant un succès technique. Ce qui nous amènera à développer sur la manière dont la Cour rédige les arrêts afin de consolider sa légitimité et de maintenir son statut hégémonique.

Pour finir, nous procéderons à un examen de l'étendue actuelle de la compétence de la Cour, en mettant l'accent sur l'extension de celle-ci à la lumière du développement jurisprudentiel. C'est sur ce décalage entre les dispositions contenues dans la Convention et l'interprétation de celle-ci que nous axons notre démonstration afin de prouver cet élargissement de la compétence de la Cour. Nous analyserons l'effet de l'élargissement de la compétence générale de la Cour sur la co-construction de l'hégémonie et de la légitimité de l'institution. Ces critères seront mis en relief par le biais de l'analyse de certains préjugés disciplinaires inhérents au régime des droits humains et spécifiques au système européen de protection des droits, qui permettent la création d'un consentement spontané chez les États membres et, par la même occasion, le maintien d'une perception de légitimité de l'institution. Nous concluons la démonstration par un bref retour sur l'analyse proposée ainsi que par quelques pistes de réflexions.

CADRE THÉORIQUE

Le cadre théorique choisi pour ce projet de recherche est associé aux études critiques, ces dernières étant les plus à même d'adresser la problématique susmentionnée en proposant une analyse alternative des mécanismes de légitimation des actions de certaines institutions, la Cour européenne des droits de l'homme en l'espèce. Il est cependant fondamental de noter que «celui qui veut comprendre la véritable potentialité du droit international doit tourner son regard vers sa structure profonde»¹⁵. Pour ce faire, il est nécessaire pour le chercheur de transcender les présuppositions inhérentes et les préjugés internalisés et reproduits au sein de la discipline par le biais d'un processus réflexif¹⁶. L'adoption d'un tel cadre théorique permet de questionner le recours au formalisme juridique en proposant une «méthodologie et un concept du droit alternatifs [traduction libre]»¹⁷.

Parmi les nombreux courants s'inscrivant dans l'axe des études critiques, nous considérons les approches néo-gramsciennes comme le prisme adéquat quant à l'analyse de notre sujet de recherche puisque celles-ci postulent que la réalité sociale est un construit. Pour les approches néo-gramsciennes, cette construction sociale est perçue comme légitime par ses sujets, entraînant la création et le maintien d'un consensus. De surcroît, elles formulent une critique ontologique relative à la production et à la dissémination d'une vision du monde particulière¹⁸, ce qui s'avère pertinent dans le cadre de notre projet de recherche.

¹⁵ Rémi Bachand, « La Critique en droit international : Réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » 19 *Rev Québécoise Droit Int*, à la p. 1.

¹⁶ Robert W Cox, « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory » (1981) 10 *Millenium J Intl Stud*, à la p. 128.

¹⁷ Jiří Přibáň, «Sharing the Paradigms? Critical Legal Studies and the Sociology of Law», in Reza Banakar et Max Travers (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2002, à la p. 119.

¹⁸ Cox, *supra* note 16.

Il est cependant nécessaire de préciser que la critique proposée par les approches néo-gramsciennes a traditionnellement été associée aux relations internationales, principalement suite à la publication de «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory», article-phare de Robert Cox¹⁹. Cependant, l'apport potentiel ne peut être limité qu'aux relations internationales, les sections suivantes illustrant l'application du concept d'«hégémonie» au champ du droit international. Le prisme analytique, tel que proposé par les approches néo-gramsciennes, sera appliqué à une institution précise, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme. Mais tout d'abord, nous définirons et circonscribons le concept d'hégémonie, pour ensuite montrer la manière dont le droit est vecteur d'hégémonie. Ceci nous permettra, dans un troisième temps, d'effectuer la démonstration selon laquelle la Cour est une institution hégémonique, notre premier postulat de recherche.

1. Définition et évolution du concept d'hégémonie

L'hégémonie est un concept polysémique. Il a traditionnellement été associé au réalisme en relations internationales et à la domination d'un État sur les autres, limitant la compréhension du concept à une stricte relation interétatique²⁰ ou encore à la dominance, principalement idéologique, d'un groupe sur un ou plusieurs autres²¹. Même si la dernière définition se rapproche davantage de la vision conceptuelle de Gramsci, elle s'avère toutefois incomplète, manquant de nuances en ne traduisant pas la complexité et les subtilités associées à la création et au maintien d'un ordre hégémonique, d'où la nécessité d'élaborer sur notre propre conceptualisation du phénomène en se référant à ce que proposent Gramsci et ses successeurs.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, à la p. 170.

²¹ Joseph Femia, *Gramsci's Political Thought: Hegemony, Consciousness, and the Revolutionary Process*, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1981, à la p. 24.

Ainsi, pour Gramsci, l'hégémonie est plutôt circonscrite à

[t]he 'spontaneous' consent given by the great masses of the population to the general direction imposed on social life by the dominant fundamental group; this consent is 'historically' caused by the prestige (and consequent confidence) which the dominant group enjoys because of its position and function in the world of production²².

Par conséquent, notre réflexion tend à s'éloigner d'une analyse se référant uniquement aux rapports de pouvoir et à la domination étatique comme élément justificatif face à l'établissement d'un ordre hégémonique. Nous soutenons que doit s'ajouter une domination idéelle²³, permettant de faire émerger un consensus quant à l'ordre hégémonique, aspect qui tend à être ignoré par les approches orthodoxes.

1.1 Les origines du concept d'hégémonie

Le concept d'«hégémonie» et, plus particulièrement le rôle de la culture en ce qui concerne la stabilité et le maintien de l'État, a été développé par Gramsci durant la période 1929-1935, lors de laquelle il fut emprisonné par les fascistes et qui mena à la rédaction de ses *Carnets de Prison*²⁴. Ceux-ci, de l'ordre de plus de trente volumes, comportent les réflexions écrites par le penseur lors de sa captivité. La problématique s'inscrivant au cœur des *Carnets* concerne «la compréhension des sociétés capitalistes des années 1920-30 [...] ainsi que la possibilité de construire une forme alternative d'État tirant ses fondements de la classe ouvrière»²⁵. L'Internationale communiste et Machiavel ont eu une influence certaine sur la pensée gramscienne²⁶.

²² Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, trad. par Geoffrey N Smith et Quintin Hoare, New York, International Publishers, 1971, à la p. 12.

²³ Benedetto Fontana, « Liberty and Domination: Civil Society in Gramsci » (2006) 33 : 2 Bound 2, à la p. 55; Luciano Gruppi, *The Concept of Hegemony in Gramsci*, Athènes, Themelio, 1972, à la p. 41.

²⁴ Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, *supra* note 22.

²⁵ Cox, « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory », *supra* note 16, à la p. 162

²⁶ *Ibid*, à la p. 163; Derek Boothman, « The Sources for Gramsci's Concept of Hegemony » (2008) 20 : 2 Rethink Marx, à la p. 213.

Cependant, dû à l'aspect fragmentaire des *Carnets de Prison* causée par la censure à laquelle a dû faire face Gramsci lors de son emprisonnement, se dégage la perception d'un flou et d'une instabilité quant au cadre conceptuel développé par l'auteur. Cette situation est accentuée par les contradictions inhérentes aux multiples interprétations des écrits de Gramsci, ceux-ci étant orientés par la vision politique des académiciens²⁷. Il serait néanmoins hasardeux de présumer que cela entraîne une incohérence dans la pensée de Gramsci, et notamment en ce qui concerne sa conceptualisation de l'hégémonie.

1.2 La définition du concept d'«hégémonie»

D'emblée, nous tenons à préciser que la définition adoptée dans le cadre de ce mémoire s'inspire de l'«hégémonie culturelle» telle que conceptualisée par Gramsci, illustrant la rencontre entre le pouvoir et la culture et de la fonction politique des symboles culturels. L'hégémonie peut donc être définie comme une forme de colonisation de la pensée des sujets par le biais de l'existence d'un consensus politico-idéologique sans le recours à un mode direct de coercition (recours à la force)²⁸. Ainsi, l'établissement d'un ordre hégémonique permet le maintien d'un ordre social déterminé par le biais du partage d'un système de valeurs et de schèmes de pensée relativement peu questionnés ou contestés²⁹. Cette situation permet d'harmoniser les comportements sociaux, pour reprendre la célèbre formule de Cox, en s'assurant de la «conformity of behavior in most people most of the time»³⁰. En d'autres termes, l'hégémonie renvoie aux modes de création et de maintien du consentement, impliquant la dissémination et l'institutionnalisation d'un système de croyances spécifique appelé à devenir une conception dominante et donc relevant du

²⁷ Chantal Mouffe, *Gramsci and Marxist Theory (RLE: Gramsci)*, Londres, Routledge, 2014, à la p. 1.

²⁸ Joseph Femia, *supra* note 21, à la p. 24

²⁹ Robert Cox in Stephen Gill (dir), *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 1993, à la p. 42.

³⁰ Cox, « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory », *supra* note 16, à la p. 164

sens commun³¹. Plusieurs postulats sous-tendent l'adoption de cette définition de l'hégémonie, à la fois en ce qui concerne la production, la dissémination et les effets de cette dernière.

L'utilisation d'un cadre théorique néo-gramscien implique l'adoption du postulat selon lequel l'hégémonie est une construction discursive à laquelle est rattaché un univers symbolique précis. La formation d'un ordre hégémonique découle du partage «d'un langage social et moral [...] lors duquel est véhiculé une conception dominante de la réalité, influençant les modes de pensée et le comportement [traduction libre]»³² des sujets.

L'hégémonie implique la dissémination d'un système culturel adoptant une vision du monde particulière, fondée sur un code symbolique spécifique, pour reprendre les termes de Geertz³³. Le concept d'hégémonie, tel que perçu par les approches néo-gramsciennes, présente des rapprochements importants avec celui de l'idéologie; «cette dernière renvoie à un processus associé à la création et la reproduction de représentations mentales permettant l'établissement d'une vision du monde cohérente»³⁴. Toutefois, l'hégémonie s'en distingue : elle est davantage axée sur les mécanismes permettant la domination d'une idéologie sur les autres, agissant sur les modes de création et de maintien du consentement des sujets dû à la perception de l'idéologie comme étant légitime³⁵. La création et le maintien d'un ordre

³¹ Benedetto Fontana, « The Democratic Philosopher: Rhetoric as Hegemony in Gramsci » (2005) 23 : 1 Ital Cult, aux pp. 98-99.

³² Femia, *Gramsci's Political Thought: Hegemony, Consciousness, and the Revolutionary Process*, *supra* note 21, à la p. 24.

³³ Clifford Geertz in T.J. Jackson Lears, « The Concept of Cultural Hegemony: Problems and Possibilities » (1985) 90 : 3 Am Hist Rev, à la p. 573.

³⁴ *Ibid.*, aux pp. 570 et 590; Rémi Bachand, *L'Interprétation en droit international : une analyse par les contraintes*, *Société européenne de droit international* (2007), en ligne : <http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Bachand.PDF>, à la p. 5.

³⁵ Terry Eagleton, *Ideology: An Introduction*, New York, Verso, 1991.

hégémonique permet donc l'établissement d'un ordre social unifié³⁶ par le biais de la dissémination d'une idéologie.

1.3 Les effets de l'établissement d'un ordre hégémonique

L'hégémonie a pour effet d'assurer la stabilité de l'ordre social puisque les pratiques sociales et institutionnelles mises de l'avant par l'hégémon sont internalisées au sein des structures, assurant à la fois leur caractère unifié et cohérent³⁷. Par conséquent, «l'hégémonie véhicule une structure quant aux valeurs et à la compréhension relative à la nature de l'ordre [social] [traduction libre]»³⁸, qui permet d'assurer la reproduction du consentement, élément nécessaire afin de garantir le caractère durable de l'ordre social qu'elle produit³⁹.

Il est néanmoins nécessaire de préciser l'importance de ne pas confondre la stabilité engendrée par un ordre hégémonique avec le caractère définitif quelconque de ce dernier. L'hégémonie s'inscrit dans un processus dynamique, les conditions matérielles et historiques étant appelées à changer au fil du temps⁴⁰ suite aux actions déployées par les sujets⁴¹. Comme le résume Boothman, le phénomène hégémonique est «en évolution continuelle [...] et peut prendre différentes formes en fonction de la situation [traduction libre]»⁴².

³⁶ Gruppi, *The Concept of Hegemony in Gramsci*, *supra* note 23, à la p. 84.

³⁷ Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law », *supra* note 7, à la p. 544

³⁸ Cox in Gill, *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, *supra* note 29, à la p. 42.

³⁹ Fontana, « The Democratic Philosopher: Rhetoric as Hegemony in Gramsci », *supra* note 31, à la p. 115; Lears, « The Concept of Cultural Hegemony », *supra* note 32, à la p. 569.

⁴⁰ Vasilis Maglaras, « Consent and Submission : Aspects of Gramsci's Theory of the Political and Civil Society » (2013) 3 : 1 SAGE Open, à la p. 6.

⁴¹ Martin Carnoy, *The State and Political Theory*, 1st edition, Princeton, Princeton University Press, 1984, à la p. 70.

⁴² Boothman, « The Sources for Gramsci's Concept of Hegemony », *supra* note 26, aux pp.212-213.

Ainsi, le processus de construction hégémonique implique une lutte entre les diverses formations ou catégories sociales afin de faire émerger une vision du monde perçue comme étant «historiquement vraie»⁴³ parmi la pluralité des récits proposés. Selon Femia, Gramsci envisageait l'hégémonie comme l'existence d'un «accord [tacite] si puissant qu'il permettait de contrecarrer toute force cherchant à le contredire ou à le diviser [traduction libre]»⁴⁴. Ainsi, la présence d'un ordre hégémonique ne sous-tend pas l'absence de contestation puisqu'elle permet l'expression de visions opposées. Elle crée cependant les conditions et les formes d'expression de la critique⁴⁵.

2. Le droit comme vecteur de l'hégémonie

D'emblée, il est nécessaire d'indiquer que le droit reste, somme toute, un sujet peu abordé par Gramsci⁴⁶, ses écrits portant davantage sur les institutions culturelles comme pilier hégémonique. Cela peut sembler être un obstacle face à l'analyse de notre sujet, mais nous considérons que l'adoption d'un prisme d'analyse néo-gramscien est pertinent lors de l'étude des phénomènes juridiques, considérant la nature duale du droit, qui joue à la fois un rôle de coercition et de création de consentement.

Dans le cadre de ce projet de recherche, nous insisterons davantage sur la fonction idéologique du droit⁴⁷ ainsi que son apport à la construction hégémonique. Nous soutenons que le droit facilite l'organisation sociale par le biais de la production de normes et de règles associées à une conception particulière du monde. De surcroît, le

⁴³ *Ibid.*, à la p. 117.

⁴⁴ Femia, *Gramsci's Political Thought: Hegemony, Consciousness, and the Revolutionary Process*, *supra* note 21, à la p. 39

⁴⁵ Lears, « The Concept of Cultural Hegemony », *supra* note 33, à la p. 571

⁴⁶ Gramsci en fait cependant mention dans *The Modern Prince in Gramsci, Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, *supra* note 22.

⁴⁷ Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law », *supra* note 77; Maglaras, « Consent and Submission: Aspects of Gramsci's Theory of the Political and Civil Society » *supra* note 40.

droit contribue au consentement des sujets face à cette vision du monde et à sa qualification de «légitime».

Nous postulons que le droit participe à la construction hégémonique en facilitant l'établissement d'un code dominant, auto-référencé et auto-légitimité, qui sera internalisé par les sujets⁴⁸.

Nous nous distançons donc de la vision plus marxiste de l'hégémonie, l'associant à une domination davantage économique : l'hégémonie ne découle pas d'actions identifiables de la part de la classe dominante, mais plutôt de la diffusion d'une rationalité dominante⁴⁹. L'adoption d'une hégémonie de code plutôt que de classe présente l'avantage «d'être un modèle plus flexible en termes d'interprétation historique et de compréhension des relations sociales [traduction libre]»⁵⁰. Tout comme Litowitz, nous considérons que l'hégémonie découle de la mise en œuvre de trois éléments, soit l'universalisation, la naturalisation et la rationalisation des normes⁵¹.

2.1 L'universalisation comme élément de diffusion des normes

Le principe d'universalisation sous-tend l'existence d'un système partagé par l'ensemble des sujets. Le droit participe à la construction d'un ordre social cohérent par le biais de la création d'une ontologie⁵² correspondant aux principes idéologiques déterminés par l'hégémon. Ceux-ci prennent la forme de «croyances et de valeurs profondes [traduction libre]»⁵³. Il s'agit donc d'une domination symbolique ayant pour conséquence la diffusion et l'internalisation de normes ontologiques chez les

⁴⁸ Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law », *supra* note 7.

⁴⁹ *Ibid* aux pp. 548-549; Fontana, « Liberty and Domination », *supra* note 23, à la p. 56.

⁵⁰ Maglaras, « Consent and Submission: Aspects of Gramsci's Theory of the Political and Civil Society », *supra* note 40, à la p. 2.

⁵¹ Litowitz, « Gramsci, Hegemony, and the Law », *supra* note 7, à la p. 525.

⁵² *Ibid*, à la p. 546.

⁵³ Fontana, « The Democratic Philosopher », *supra* note 31, à la p. 112.

sujets. Par conséquent, l'universalisation consiste en l'action de «coloniser le monde interne des classes dominées, ce qui ne peut être accompli par la force, mais bien par la diffusion de messages, des codes et la dissémination d'images et d'informations [traduction libre]»⁵⁴. Plus spécifiquement, c'est la norme juridique qui constitue l'outil d'universalisation le plus important puisqu'elle est le point de référence en termes de diffusion et d'internalisation de principes et de valeurs juridiques par les sujets du droit.

Il serait toutefois erroné de prétendre que le mécanisme d'universalisation, tel que défini par Litowitz, est synonyme d'universalité. Il renvoie plutôt à une construction discursive cherchant à convaincre que les principes et valeurs juridiques diffusés relèvent de l'intérêt commun, tandis que l'universalité fait plutôt référence à des principes et valeurs partagés par l'ensemble des sujets du droit⁵⁵.

2.2 La naturalisation comme outil d'internalisation par les sujets

La naturalisation consiste en l'action de brouiller la distinction fondamentale entre la culture (spécifique et localisée) et la nature («universelle»)⁵⁶. Il s'agit donc du processus de réification de cette conception du monde, axée sur des valeurs et croyances spécifiques, déterminées par l'institution hégémonique. La naturalisation a pour conséquence d'assurer que «the mechanism for the constitution of a dominant rationality [becomes] so commonsensical that it hardly appears worthy of challenge»⁵⁷.

⁵⁴ Litowitz, « Gramsci, hegemony, and the law », *supra* note 7, à la p. 524.

⁵⁵ *Ibid*, à la p. 525.

⁵⁶ *Ibid*, à la p. 526.

⁵⁷ *Ibid*, à la p. 551.

Tout ordre social dispose d'une structure de régulation des comportements, même si ses formes peuvent varier. Par conséquent, «on ne peut échapper au droit en l'ignorant ou en tentant de se retirer [de son champ d'application ou de sa juridiction] puisqu'il s'applique à tous [traduction libre]»⁵⁸. Le droit participe au processus de naturalisation par son rôle de régulation de comportements sociaux, ayant le monopole dans la détermination des conduites acceptables (légal) et les interdits (illégal)⁵⁹.

2.3 La rationalisation comme mécanisme de reproduction de l'hégémonie

La rationalisation s'intéresse au mode de reproduction de l'hégémonie de l'institution. Celle-ci est réalisée par le biais des intellectuels, pour reprendre la terminologie de Gramsci⁶⁰ ainsi que des experts, qui par leurs actions et productions académiques, contribuent à la reproduction du système hégémonique. L'hégémonie ne peut s'auto-constituer : elle repose sur les travaux et actions des académiciens et experts, qui ont pour rôle de «développer et de maintenir les reproductions mentales [traduction libre]»⁶¹. Ceux-ci ont donc pour rôle implicite de normaliser les luttes hégémoniques et d'assurer la stabilité des structures sociales⁶².

Ces intellectuels peuvent être classés en deux types, à savoir les intellectuels organiques et les intellectuels traditionnels⁶³. La différence terminologique réside en la perception des sujets quant à la production du savoir. Ainsi, les intellectuels organiques cherchent à représenter et à promouvoir leurs propres intérêts par le biais

⁵⁸ *Ibid.*, à la p. 545.

⁵⁹ Duncan Kennedy, «Antonio Gramsci and the Legal System» (1982) 6 ASLA Forum 1, à la p.35

⁶⁰ Joseph A Buttigieg, « Gramsci on Civil Society » (1995) 22 : 3 Bound 2, à la p. 1.

⁶¹ Cox, « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory », *supra* note 16, à la p. 168.

⁶² Duncan Kennedy, «Antonio Gramsci and the Legal System», *supra* note 59.

⁶³ Boone W. Shear, « Gramsci, Intellectuals, and Academic Practice Today » (2008) 20 : 1 Rethink Marx, à la page 56.

de leurs actions, leur conférant un rôle éminemment politique⁶⁴. Les intellectuels traditionnels, quant à eux, vont davantage être associés à une production objective du savoir. Cependant, même si ceux-ci sont qualifiés comme tel, il serait erroné de croire en cette objectivité puisque ceux-ci sont nécessairement influencés par le contexte politico-historique dans lequel ils s'inscrivent⁶⁵. Ces intellectuels participent donc au processus de création et de maintien d'une identité collective, sécurisant l'ordre hégémonique et assurant sa reproduction.

En ce qui concerne le domaine juridique, les experts et académiciens se rattachent davantage à la fonction d'intellectuels traditionnels puisque leur fonction amène nécessairement une présomption d'impartialité, n'étant pas associée à un rôle politique déterminé. En outre, une présomption quant à la production du savoir est généralement entretenue dans les milieux académiques, soit la conception que l'objectivité est inhérente au travail scientifique, d'où la séparation des valeurs de l'individu face à l'analyse produite.

Toutefois, les intellectuels et experts participent à la construction hégémonique par leur connaissance des structures profondes du droit et la diffusion de celle-ci par le biais de la doctrine⁶⁶. Conséquemment, ils facilitent les processus d'universalisation et de naturalisation : «what is decided as law under particular historical conditions is not determined by the legal system itself, but is the outcome of a '*Weltanschauung*' inscribed in the law, elaborated by legal intellectuals»⁶⁷.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Buttigieg, « Gramsci on Civil Society », *supra* note 60, à la p. 22.

⁶⁶ Buckel et Fischer-Lescano, « Gramsci Reconsidered », *supra* note 8, à la p. 446.

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 447.

3. La Cour européenne des droits de l'homme comme institution hégémonique

Un aspect fondamental sur lequel a insisté Gramsci concerne la nécessité d'historiciser les concepts, de les interpréter à la lumière de «circonstances historiques spécifiques»⁶⁸, permettant ainsi d'en limiter le niveau d'abstraction. Pour Gramsci, «un concept [...] peut atteindre un niveau de précision seulement lorsqu'il est mis en relation avec une situation particulière [traduction libre]»⁶⁹. Il est donc nécessaire de situer l'utilisation du concept d'hégémonie.

En l'espèce, ce dernier est employé pour caractériser le statut qu'a acquis la Cour européenne des droits de l'homme dans l'espace européen. Lors de sa création en 1958, peu d'indices laissaient présumer l'idée selon laquelle la Cour serait appelée à devenir une institution hégémonique, celle-ci ayant d'abord été considérée comme un «rouage facultatif»⁷⁰ dû à l'absence de juridiction obligatoire ainsi qu'à son rôle en tant que seconde instance. Le processus de construction du statut hégémonique de la Cour s'est cependant réalisé de manière progressive. La Cour a vu l'importance de son rôle s'accroître au sein du système européen avec l'attribution d'un rôle s'apparentant à celui d'une cour constitutionnelle *sui generis* au fil du temps⁷¹. Le statut hégémonique de la Cour n'était donc pas inhérent à sa création, il s'est constitué par les arrêts rendus par l'institution et par le processus de construction de sa légitimité.

⁶⁸ Cox, « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory », *supra* note 16, à la p. 162.

⁶⁹ *Ibid.*, aux pp. 162-163.

⁷⁰ Karel Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1964, aux pp. 158-159.

⁷¹ Luzius Wildhaber, « Constitutionalisation et Juridiction Constitutionnelle –Le point de vue de Strasbourg» in Stéphanie Henneville-Vaucher et Jean-Marc Sorel (dir), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2011, à la p. 95.

Ainsi, la Cour «did not become an effective legal instrument easily or rapidly. (...) [F]or twenty years it was, in the words of Jochen Frowein, a Vice President of the Commission, 'a sleeping beauty, frequently referred to but without much impact'»⁷² et ce, malgré la volonté des fondateurs de lui conférer un pouvoir important dû à un obstacle de taille, à savoir la volonté de préservation de la souveraineté étatique⁷³. Ceci eut pour résultat l'aspect facultatif de la compétence de la Cour et du droit de pétition individuelle⁷⁴. Cette situation a passablement influencé les décisions rendues par la Cour durant sa première décennie d'existence, les condamnations d'États étant rares et le discours de l'institution étant caractérisé par une grande prudence dans le but de ne pas accroître la méfiance des États à son égard⁷⁵.

3.1 La Cour européenne des droits de l'homme comme vecteur d'universalisation

Le critère d'universalisation est présent dès la constitution du Conseil de l'Europe en 1949, étant lié au processus d'européanisation. Ce dernier peut être défini comme une série de «processus [relatifs à] la construction, la diffusion et l'institutionnalisation de règles formelles et informelles, de procédures, de paradigmes, [...] ainsi que le partage de croyances et de normes [traduction libre]»⁷⁶. Le processus d'européanisation est donc rattaché à une volonté politique d'unification⁷⁷ par le biais de l'établissement d'une fédération des peuples de l'Europe occidentale⁷⁸, permettant à la fois de garantir le respect des droits humains

⁷² Mark W. Janis et Richard S. Kay, *European Human Rights Law*, Hartford, University of Connecticut Law School Foundation Press, 1990, à la p. 93

⁷³ *Ibid*, aux p. 85-86.

⁷⁴ Ancien article 41 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

⁷⁵ *Lawless v. Ireland (no.3)* (1961), ECHR 2, 1 EHRR 15.

⁷⁶ Claudio Maria Radaelli, « Europeisation: Solution or problem? » (2004) 8 : 16 *Eur Integr Online Pap*, à la p. 3.

⁷⁷ Ralph Beddard, *Human Rights and Europe: A Study of the Machinery of Human Rights Protection of the Council of Europe*, 2^e éd, London, Sweet and Maxwell, 1980, à la p. 19.

⁷⁸ André Kaspi et Jean-Baptiste Duroselle, *Histoire des relations internationales : Tome 2, De 1945 à nos jours*, 15^e édition revue et augmentée, Paris, Armand Colin, 2009, à la p. 67; Janis et Kay, *European Human Rights Law*, *supra* note 72, à la p. 22.

ainsi que la démocratie dans l'espace européen⁷⁹. La Convention fait écho au principe d'universalisation puisque le contenu de son préambule renferme les principes symboliques auxquels adhère l'Europe occidentale⁸⁰.

Le projet de Convention était d'abord politique dû à ses objectifs, soit «[d']ouvrir la voie à l'unification européenne [et d']être le dénominateur commun des démocraties européennes»⁸¹. La Convention a permis l'établissement d'un «ordre public européen» par le partage de valeurs communes, transposées en une volonté collective de garantir certains droits civils et politiques au sein de l'espace européen. La Convention a donc eu des effets juridiques importants en établissant une vision commune du politique ainsi que des standards juridiques applicables au sein des espaces nationaux, associée à la démocratie et au pluralisme ainsi qu'au principe de prééminence du droit⁸². Ces principes, appartenant à un patrimoine commun d'idéaux s'inscrivent dans la «continuité de la tradition juridique occidentale des droits de l'homme»⁸³. Ils ont acquis le véritable statut de principes directeurs dans les ordres juridiques internes et ont orienté les sphères d'activités étatiques, étant considérés comme relevant de l'intérêt commun.

⁷⁹ Article 3 du *Statut du Conseil de l'Europe*, 5 mai 1949, 001 Eur. T.S., en ligne : en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/treaties/html/001.htm>>.

⁸⁰ David Harris et al, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2e édition, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009, à la p. 1.

⁸¹ Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 66, à la p. 10.

⁸² Préambule de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

⁸³ Valentina Vardabasso, « La Convention européenne des droits de l'homme » (2007) n° 131 : 3 *Relat Int.*, à la p. 77.

3.2 La naturalisation et la rationalisation progressives de l'institution

Malgré la présence du critère d'universalisation dès l'adoption de la Convention, les conditions de naturalisation et de rationalisation n'étant pas remplies, la construction hégémonique ne peut prendre forme à ce moment-là. Ce n'est qu'à partir des années 1970, suite à une augmentation des cas déferés à la Cour⁸⁴ par la participation grandissante des États⁸⁵, que le processus peut prendre forme. Cette augmentation marquée des activités aura pour conséquence la constitutionnalisation⁸⁶ progressive de la Convention; la Cour sera portée à développer une analyse relative «à la structure sociale et aux relations institutionnelles, ce qui a pour conséquence de jauger les limites de l'exercice du pouvoir public [...] [traduction libre]»⁸⁷. Les jugements de la Cour ont ainsi induit de véritables changements législatifs dans les ordres juridiques internes au fil du temps.

Même s'il revient généralement à l'État de déterminer les moyens à prendre afin de se conformer à la Convention, la Cour tend à se montrer davantage impliquée dans le choix des stratégies à adopter, qui se traduisent généralement par des changements législatifs dans les ordres juridiques internes⁸⁸. Ainsi, par sa pratique, la Cour consolidera sa fonction d'«interprète authentique de la Convention et [de] juge ultime

⁸⁴ Janis et Kay, *European Human Rights Law*, *supra* note 72, aux pp. 91 et 94.

⁸⁵ *Ibid.*, à la p. 38.

⁸⁶ Celle-ci peut être définie comme une «situation dans laquelle la Constitution –les normes constitutionnelles– déborde le seul cadre de l'organisation des rapports entre les organes constitués», in Pierre Brunet, «La constitutionnalisation des valeurs par le droit» in Stéphanie Hennette-Vauchez et Jean-Marc Sorel (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, *supra* note 71, à la p. 257.

⁸⁷ Steven Greer et Luzius Wildhaber, « Revisiting the Debate about “Constitutionalising” the European Court of Human Rights » (2012) 12 : 4 Hum Rights Law Rev., à la p. 667

⁸⁸ Iain Cameron, « Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court? » (1995) 15 : 1 Yearb Eur Law, à la p. 223.

de la conventionalité des normes et pratiques internes»⁸⁹, ce qui l'amènera à devenir un «instrument constitutionnel de l'ordre public européen»⁹⁰.

La Cour a donc pour rôle la régulation des comportements sociaux, déterminant les conduites étatiques légales et illégales. Cela a pour conséquence la naturalisation de l'institution puisque les décisions rendues par la Cour ont un effet sur les pratiques internes des États, ceci étant principalement dû à l'effet constitutionnalisant des arrêts. En déterminant le cadre associé à la légalité des conduites étatiques, la Cour se trouve à fixer le sens des droits contenus dans la Convention, tout en promouvant son interprétation comme relevant de l'intérêt commun dû à son statut.

De manière parallèle à la naturalisation s'opère la rationalisation de la Cour par le biais de la reconnaissance du prestige de l'institution par les académiciens, nombre d'entre eux considérant que le «système européen [...] constitue le modèle le plus accompli dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme»⁹¹. Ainsi, la Cour est perçue de manière favorable par la communauté académique puisque ses actions permettent une plus grande cohésion au sein de l'espace européen en termes de protection des droits, en plus d'être perçue comme un régime de protection efficace⁹², influent⁹³ et respecté⁹⁴, faisant de celui-ci «le plus important

⁸⁹ Elisabeth Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, à la p. 13.

⁹⁰ *Loizidou c. Turquie* (1991), VI CEDH 73, au para. 93.

⁹¹ Jean-François Renucci, *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, à la p. 6. Une pensée similaire a été exprimée par David P. Forsythe dans *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, à la p. 413; Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, et David Stewart, *Buergenthal, Shelton, and Stewart's International Human Rights in a Nutshell*, 4^e édition, St. Paul, West Academic Publishing, 2009.

⁹² Laurence R. Helfer et Anne-Marie Slaughter, « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication » (1997) *Yale Law J* 273.

⁹³ Antonio Cassese, « The impact of the European Convention on Human Rights on the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia » in Paul Mahoney et Rolv Ryssdal, *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Köln, Heymann, 2000.

⁹⁴ J.G. Merrills et A.H. Robertson, *Human Rights In Europe*, 4^e édition, New York, Juris Publishing, 2001.

dominateur commun en termes juridiques et politiques sur le continent européen [traduction libre]»⁹⁵. La communauté académique participe donc à la création et au maintien de l'identité de la Cour et, plus globalement, du système européen de protection des droits en contribuant à sa rationalisation.

L'action conjointe des processus d'universalisation, de naturalisation ainsi que de rationalisation ont permis la création et le maintien de la Cour comme institution hégémonique. Nous postulons que le processus de construction hégémonique s'inscrit en relation avec la perception qu'ont les sujets du droit de la légitimité de l'institution. Cette dernière est garante de la transmission d'un code spécifique rattaché au partage d'un système de valeurs axé autour de la démocratie, du pluralisme ainsi qu'au principe de prééminence du droit. C'est précisément cette relation entre les concepts d'hégémonie et de légitimité qui sera examinée lors du prochain chapitre, ayant pour conséquence la consolidation de la stabilité d'un ordre social au sein de l'espace européen.

⁹⁵ Rolv Ryssdal, « Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights » (1996) 1 Eur Hum Rights Law Rev, à la page 18.

CHAPITRE 1 : LA LÉGITIMITÉ COMME CRITÈRE NÉCESSAIRE À L'ÉTABLISSEMENT ET AU MAINTIEN DE L'HÉGÉMONIE

Le présent chapitre a pour objectif la démonstration du lien existant entre les concepts d'hégémonie et de légitimité ainsi que l'analyse de celui-ci à la lumière d'une institution spécifique : la Cour européenne des droits de l'homme. Nous considérons toutefois que l'unique analyse du statut hégémonique de la Cour ne serait que trop parcellaire pour comprendre les fondements et la dynamique dans lesquels s'opèrent les actions de l'institution, d'où la pertinence d'y intégrer le concept de légitimité. Dans un premier temps, nous définirons le concept de légitimité, pour ensuite l'appliquer au sujet en l'espèce. Nous concluons ensuite la démonstration en analysant les liens constitutifs et les interactions entre l'hégémonie d'une institution en relation avec la légitimité dont elle jouit.

1. Contextualisation et définitions du concept de légitimité

Le concept de «légitimité» a traditionnellement été associé au champ politique. Il traduit généralement la situation selon laquelle «les sujets reconnaissent l'autorité du pouvoir décisionnel des gouvernants [traduction libre]»⁹⁶. L'adoption de cette définition circonscrit donc l'application du concept à l'analyse des rapports institutionnels et politiques au sein des espaces nationaux, étant difficilement transposable à la sphère internationale due à l'absence d'un contexte analogue.

⁹⁶ Jean-Marc Coicaud, «Legitimacy, Across Borders and Over Time» in Hilary Charlesworth et Jean-Marc Coicaud (dir), *Fault Lines of International Legitimacy*, New York, Cambridge University Press, 2010, à la p. 17.

En effet, l'analyse du système international ne peut être effectuée de manière similaire puisque sa nature même diffère, les relations le composant étant caractérisées par le multilatéralisme, faisant à la fois varier les mécanismes de prise de décision ainsi que les sources du droit⁹⁷. C'est pourquoi peu de travaux abordent la question de la légitimité appliquée à la sphère internationale⁹⁸.

Les modifications au sein de la structure du système international suite à la Guerre froide amèneront davantage d'académiciens à s'interroger sur les mécanismes permettant de déterminer la légitimité de la conduite des acteurs internationaux et des organisations internationales⁹⁹. Cet intérêt de recherche ne s'est toutefois pas transposé au champ du droit international dû à l'adoption de deux postures ontologiques de la part des académiciens. D'une part, ils ont mis à l'écart certaines réflexions sur le concept de légitimité, dont des réflexions téléologiques portant sur le droit international¹⁰⁰. D'autre part, ils ont considéré la distinction entre «légalité» et «légitimité» comme superflue, considérant que la qualification de «juridique» implique nécessairement la légitimité de la décision découlant du processus de délibération¹⁰¹. En outre, l'orientation de la recherche sous l'angle de la légalité plutôt que de la légitimité présente l'avantage de faciliter l'analyse, la légitimité étant plus complexe en termes de qualification et de quantification.

⁹⁷ John Tasioulas, *Human Rights, Legitimacy, and International Law* (2013), en ligne : <https://www.academia.edu/2359134/Human_Rights_Legitimacy_and_International_Law>, aux pp. 13-14.

⁹⁸ Coicaud, «Legitimacy, Across Borders and Over Time» in Charlesworth et Coicaud (dir), *Fault Lines of International Legitimacy*, *supra* note 96, à la p. 2.

⁹⁹ Chris Thomas, « The Concept of Legitimacy and International Law » (2013) 12 LSE Legal Studies Working Paper, aux pp. 2-3.

¹⁰⁰ Thomas M. Franck, « Why a Quest for Legitimacy » (1987) 21 UC Davis Rev, à la p. 535.

¹⁰¹ Charlesworth, «Conclusion : The Legitimacies of International Law» in Charlesworth et Coicaud, *Fault Lines of International Legitimacy*, *supra* note 96, à la p. 389.

1.1 L'apport de la sociologie dans la définition du concept de «légitimité»

L'analyse du concept de légitimité nécessite un décloisonnement au sein de la discipline, une réflexion uniquement juridique ne traduisant pas la complexité de l'objet. Nous considérons que la sociologie, plus familière avec le concept que le droit, est utile à l'analyse, d'où la nécessité de développer sur la pensée de trois auteurs ayant influencé la réflexion contemporaine du droit, soit Weber, Habermas et Luhmann.

Tout d'abord, selon Weber, la légitimité consiste en «une relation entre une autorité dominante qui s'exerce sur des groupes sociaux et des raisons qui justifient cette domination»¹⁰². Ainsi, la légitimité d'un ordre social découle d'une perception de la légalité du contenu des règles et des procédures régissant la vie sociale par ses sujets¹⁰³. Conséquemment, l'idée selon laquelle la légitimité découle d'un consensus associé au partage de valeurs communes ou encore de la force coercitive du droit est incomplète. Pour le sociologue¹⁰⁴, la légitimité est le point de rencontre entre les sphères sociale et juridique, impliquant la formation de tensions¹⁰⁵.

¹⁰² Alex-Louise Tessonneau et François Leimdorfer, « Légitimité sociologique et analyse de discours : Le parcours de la légitimité dans les textes de l'Unesco sur l'éducation de base » (1986) 37 : 1 Lang Société, à la p. 63.

¹⁰³ Nienke Grossman, « Legitimacy and International Adjudicative Bodies » (2009) 41 George Wash Int Law Rev, aux pp. 11-112.

¹⁰⁴ Selon Weber, la légitimité se traduit en trois idéaux-type, à savoir la légitimité traditionnelle, la légitimité charismatique ainsi que la légitimité rationnelle-légale. C'est cette dernière, définie comme «la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens», qui constitue l'idéal-type de la pensée weberienne qui sera analysée in Max Weber, La domination légale à direction administrative bureaucratique, (1921), en ligne :

<http://classiques.uqac.ca/classiques/Weber/domination_legale_direction/domination_legale_dir_texte.html>.

¹⁰⁵ Jiří Příbáň, « Beyond Procedural Legitimation: Legality and Its 'Infictions' » (1997) 24 : 3 J Law Soc 331, à la p. 332.

La vision amenée par Weber se distingue donc d'une réflexion uniquement axée sur le formalisme ou le politique comme critère permettant de déterminer la légitimité d'un État ou d'une institution. En outre, l'apport des travaux de Weber est relatif à la qualification du point de vue face à la manière dont la légitimité est perçue. Ainsi, pour Weber, l'analyse de la légitimité peut être réalisée sous deux angles : d'une part, le point de vue interne, qui traduit la perception de la légitimité de l'institution par les sujets; d'autre part, le point de vue externe, qui consiste à la perception qu'ont les institutions internationales ou régimes extérieurs à l'institution¹⁰⁶.

Toutefois, l'unique analyse de la pensée de Weber n'est pas suffisante pour cerner la complexité du concept de légitimité. Habermas, sans réfuter la vision de Weber, amène quelques précisions en ce qui concerne les fondements de la légitimité : cette dernière ne peut s'exprimer uniquement par la légalité¹⁰⁷. Pour Habermas, le processus de légitimation s'inscrit dans une volonté d'harmoniser des valeurs et des normes par le biais du processus légal¹⁰⁸. Un aspect moral est nécessairement pris en compte:

valid legal norms indeed harmonize with moral norms, but they are 'legitimate' in the sense that they additionally express an authentic self-understanding of the legal community, the fair consideration of the values and interests distributed in it, and the purposive-rational choice of strategies and means in the pursuit of policies.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Tessonneau et Leimdorfer, « Légitimité sociologique et analyse de discours », *supra* note 102, aux pp. 63-64.

¹⁰⁸ Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975.

¹⁰⁹ Pfißán, « Beyond Procedural Legitimation », *supra* note 105, à la p. 333.

Pour Pribáň, l'originalité et l'apport de la pensée d'Habermas se situent en l'idée selon laquelle tout processus de légitimation, qu'il soit juridique ou politique, se réalise par le biais du discours¹¹⁰. Ce dernier est donc garant au maintien de l'ordre social dans un contexte de transmission de valeurs et de normes universalisables¹¹¹.

C'est cependant l'analyse de Luhmann¹¹² qui se révèle être la plus pertinente quant à notre sujet de recherche, amenant la conception d'autolégitimation du droit par l'autopoïèse, concept développé par Maturana et Varela renvoyant à la possibilité pour un système de s'autoproduire ainsi que d'assurer son maintien et sa reproduction, malgré des modifications au sein des éléments le composant¹¹³.

L'autopoïèse peut être définie comme

un réseau de processus de production de composants qui (a) régénèrent continuellement par leurs transformations et leurs interactions le réseau qui les a produits, et qui (b) constituent le système en tant qu'unité concrète dans l'espace où il existe, en spécifiant le domaine topologique où il se réalise comme réseau. Il s'ensuit qu'une machine autopoïétique engendre et spécifie continuellement sa propre organisation. (...) Ainsi, une machine autopoïétique est un système à relations stables dont l'invariant fondamental est sa propre organisation (le réseau de relations qui la définit)¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibid.*, à la p. 333.

¹¹¹ Tessonneau et Leimdorfer, « Légitimité sociologique et analyse de discours », *supra* note 102, à la p. 64.

¹¹² Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985; Niklas Luhmann, *Social Systems*, Redwood, Stanford University Press, 1995.

¹¹³ H. R. Maturana et F.J. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Berlin, Springer Science & Business Media, 1980.

¹¹⁴ Francisco Varela, *Autonomie et connaissance : Essai sur le vivant*, Paris, Seuil, 1989, à la p. 45.

Tel qu'interprété par Wheatley, le droit est, pour Luhmann, et réaffirmé par Teubner¹¹⁵, un système communicationnel fermé et autoréférencé, ce qui permet aux institutions juridiques de déterminer leurs frontières propres¹¹⁶. Ainsi, le droit construit sa propre réalité sociale¹¹⁷, situation entraînée par l'intervention du processus d'autopoïèse. En effet, le droit produit une cohésion au sein des éléments la composant¹¹⁸. Ultimement, c'est le système juridique lui-même qui déterminera sa perméabilité face à l'influence des informations provenant d'autres systèmes communicationnels¹¹⁹.

La légitimité découle de la présomption d'acceptation des sujets à être liés par des normes créées par ce système autoréférencé qu'est le droit et ce, dans l'objectif de régir les comportements afin d'organiser la vie sociale¹²⁰. La légitimité est donc un élément central, dû à son rôle socialisant¹²¹.

Cette conception de la légitimité telle qu'avancée par ces sociologues, davantage axée sur une dynamique interactionnelle et performative se montre pertinente dans le cadre de ce mémoire. En effet, l'adoption d'une vision plus «sociologique» amène une perspective différente face à la construction et la justification de normes par l'institution ainsi que leur acceptation par les sujets¹²². La section suivante a pour objectif d'analyser le processus de construction de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme, corollaire de la légitimité des normes telle

¹¹⁵ Gunther Teubner, *Le Droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 1993.

¹¹⁶ Steven Wheatley, « A Democratic Rule of International Law » (2011) 22 : 2 Eur J Int Law, à la p. 530.

¹¹⁷ Steven Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, à la p. 286.

¹¹⁸ Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, *supra* note 112, à la p. 285.

¹¹⁹ Přibáň, « Beyond Procedural Legitimation », *supra* note 105, à la p. 335.

¹²⁰ *Ibid*, à la p. 336; Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, *supra* note 117, aux pp. 281-282.

¹²¹ Coicaud, «Deconstructing International Legitimacy» in Charlesworth et Coicaud, *Fault Lines of International Legitimacy*, *supra* note 96, à la p. 33.

¹²² Charlesworth, «Conclusion : The Legitimacies of International Law» in *Ibid*, à la p. 398.

qu'interprétées par l'institution. Ceci nous permettra de faire le lien entre les concepts d'hégémonie et de légitimité en montrant l'influence du premier dans la matérialisation du second.

2. Les fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme

Avant d'élaborer sur les fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme, il est pertinent de circonscrire l'analyse en définissant l'objet de cette légitimité ainsi que les sujets y étant associés.

2.1 L'objet et les sujets de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme

L'objet de la légitimité, tel qu'analysé dans ce projet de recherche, ne se limite pas uniquement aux jugements rendus par l'institution. Nous considérons que la légitimité s'inscrit au sein d'une «relation et [d'une] interdépendance mutuelle existant entre le système juridique et son environnement [traduction libre]»¹²³. Par conséquent, l'analyse doit être réalisée dans une perspective intégrant l'interaction entre le juridique et les dimensions sociale, culturelle et politique¹²⁴. Les objets d'analyse sont donc multiples, s'agissant à la fois des actions, normes et idéaux véhiculées par l'institution, celles-ci influençant la légitimité de l'institution elle-même¹²⁵.

¹²³ Přibáň, « Beyond Procedural Legitimation », *supra* note 105, à la p. 345.

¹²⁴ Chris Thomas, « The Concept of Legitimacy and International Law » (2013), *supra* note 100, à la p. 21.

¹²⁵ David P. Rapkin et Dan Braaten, « Conceptualising Hegemonic Legitimacy » (2009) 35 : 01 Rev Int Stud, à la p. 117.

De plus, l'analyse relative à la légitimité d'une institution doit s'apprécier en fonction de ses sujets. La Convention européenne des droits de l'homme octroie la qualité de sujet aux individus, en tirant «précisément [sa] source dans la nature de l'homme, [les droits protégés] n'appartiennent [donc] ni à la société ni au pouvoir politique ; ils leur sont extérieurs et transcendants»¹²⁶. Les obligations qui découlent de la Convention vont au-delà de la réciprocité entre États parties¹²⁷, étant plutôt associées à un mécanisme de garantie collective des droits.

Il ne faut cependant pas ignorer le fait que la Convention, même si elle vise à protéger les individus, s'adresse d'abord et avant tout aux États, puisque c'est à eux qu'incombe la responsabilité de respecter les droits garantis par la Convention. Les actions, normes et idéaux véhiculées par la Cour transcendent les ordres juridiques internes en s'imposant à l'ensemble des normes nationales¹²⁸.

2.2 Les fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme

Tout comme Beetham, nous postulons que la conceptualisation de la légitimité doit comprendre des dimensions «légale, morale et sociale, [...] qui requièrent à la fois une validité légale, le partage d'un système de valeurs ainsi que l'expression du consentement [traduction libre]»¹²⁹ des sujets. Ainsi, nous considérons que la légitimité d'une institution telle que la Cour européenne des droits de l'homme découle de trois éléments, soit la légalité (légitimité légale), le fondement politique

¹²⁶ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4^e édition, 1995, Domat-Montchrestien, Paris, à la p. 411.

¹²⁷ *Irlande c. Royaume-Uni* (1980), 25 CEDH 1 (série A), 2 EHRR 25, au para. 239.

¹²⁸ Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme -Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *supra* note 89, à la p. 28.

¹²⁹ Jeremy Beetham in Thomas, « The Concept of Legitimacy and International Law », *supra* note 99, à la p. 19.

(légitimité morale) ainsi que l'acceptation sociale et le consentement (légitimité sociale)¹³⁰, qui s'influencent mutuellement.

Dans le cadre de cette recherche, nous nous baserons sur les critères déterminés par Çali, Koch et Bruch¹³¹ afin d'analyser les fondements de la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces auteurs intègrent les axes relatifs à la légitimité mentionnés ci-haut : pour être considérée comme légitime, à la fois d'un point de vue interne et externe¹³², une institution doit réunir des éléments spécifiques relatifs à la fois à sa constitutivité et à sa performativité¹³³. Lorsque les actions, normes et idéaux véhiculées par l'institution correspondent aux critères de constitutivité et de performativité, cette dernière jouit à la fois d'une légitimité légale, morale et sociale.

2.2.1 La légitimité constitutive de la Cour européenne des droits de l'homme

La légitimité constitutive (ou légitimité d'origine) se rapporte au fondement légal et les assises politiques relatifs à l'instauration d'une institution¹³⁴. Elle concerne donc les bases sur lesquelles une institution fonde sa légitimité.

2.2.1.1 Fondement légal relatif à la constitution de la Cour

La Cour européenne des droits de l'homme tire ses fondements légaux de l'ancien article 19b de la Convention, stipulant qu'«[a]fin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses

¹³⁰ *Ibid.*, aux pp. 9-18.

¹³¹ Başak Çali, Anne Koch, et Nicola Bruch, « The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights » (2013) 35 : 4 Hum Rights Q 955.

¹³² Jean d'Aspremont et Eric De Brabandere, « The Complementary Faces of Legitimacy in International Law: The Legitimacy of Origin and the Legitimacy of Exercise » (2010) 34 Fordham Intl LJ, à la p. 193.

¹³³ Çali, Koch, et Bruch, « The Legitimacy of Human Rights Courts », *supra* note 131, à la p. 963.

¹³⁴ *Ibid.*

protocoles, il est institué (...) une Cour européenne des Droits de l'Homme»¹³⁵. La Cour ne sera véritablement constituée qu'en 1958, suite à l'obtention de huit déclarations relatives à l'acceptation de sa compétence, tel que requis par l'ancien article 56¹³⁶.

L'entrée en vigueur du Protocole 11¹³⁷ en 1998 amène cependant un changement en ce qui a trait au fondement légal de la Cour. Ce protocole amorce une réforme structurelle dans l'objectif de corriger certaines lacunes du système, soit «sa complexité, le risque de règlement purement politique des différends, l'inégalité procédurale entre les individus et les États, ou encore la lenteur de la procédure découlant de la nécessité d'un examen des affaires par la Commission [européenne des droits de l'homme], puis par la Cour»¹³⁸. Plus spécifiquement, le Protocole 11 modifie le fondement légal relatif à la constitution de la Cour en abrogeant la Commission et en érigeant la Cour en une institution permanente devant laquelle les plaintes sont soumises directement par les requérants, reconnaissant ainsi le caractère obligatoire du droit de requête individuel¹³⁹. En d'autres termes, la légitimité d'origine a été renforcée par l'adoption du Protocole 11, ayant entraîné une révision du fonctionnement de la Cour ainsi que la reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour par tous les États parties au Conseil de l'Europe.

¹³⁵ *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, 11 mai 1994, 155 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/155.htm>> [*Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*]

¹³⁸ Marina Eudes, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH), Paris, Pedone, 2005, à la p. 25.

¹³⁹ Cameron, « Protocol 11 to the European Convention on Human Rights », *supra* note 89, à la p. 220.

2.2.1.2 Les objectifs politiques auxquels se rattache l'instauration de la Cour

Le rôle de la Cour, tel que mentionné dans les paragraphes précédents, est de s'assurer du respect des dispositions contenues dans la Convention par les États parties. Le libellé des dispositions ne renseigne cependant pas sur les objectifs politiques associés à la création de la Cour. Il est donc nécessaire d'élaborer sur le contexte dans lequel a été adoptée la Convention puisqu'il permet de faire émerger deux objectifs généraux, associés à la garantie d'un espace démocratique en Europe et à la réaffirmation du partage d'un héritage commun.

Premièrement, la Convention représente le fruit de la réaction des États européens suite aux violations massives des droits de la personne lors de la Seconde Guerre mondiale. Les États ont considéré que la Convention et la Cour auraient un rôle préventif en les alertant advenant une violation massive des droits humains sur le continent¹⁴⁰. En outre, la Convention représente une «déclaration symbolique des principes fondamentaux [traduction libre]»¹⁴¹ pour l'Europe de l'Ouest, en opposition à l'Est communiste. Le contexte politico-historique met en lumière cette volonté des États de garantir un espace démocratique en Europe par une plus grande protection des droits, la philosophie sous-jacente étant l'idée selon laquelle le respect des droits humains est garant de toute démocratie¹⁴². Les normes juridiques européennes découlent d'un consensus associé à certains principes partagés par les États membres,

¹⁴⁰ Harris et al, *Law of the European Convention on Human Rights*, supra note 80, à la p. 1.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² J.G. Merrills et A.H. Robertson, *Human Rights In Europe*, supra note 94, à la page 1.; Article 3 in *Statut du Conseil de l'Europe*, 5 mai 1949, 001 Eur. T.S., en ligne : en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/treaties/html/001.htm>> [*Statut du Conseil de l'Europe*].

à savoir l'attachement à la démocratie¹⁴³, à la prééminence du droit¹⁴⁴ et au respect des droits de la personne¹⁴⁵.

Deuxièmement, la pierre angulaire de la construction de l'Europe est le partage d'un héritage commun¹⁴⁶. Le droit a joué un rôle important dans la détermination et la construction de cette vision d'héritage commun, les instruments juridiques l'ayant intégrée dans leurs dispositions normatives. De manière plus précise, le Préambule de la Convention précise que les États européens sont «animés d'un même esprit et [possèdent] un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit»¹⁴⁷. Ces principes font partie d'un système de valeurs et d'héritage communs qu'il est possible de qualifier de «synthèse harmonieuse, [étant] à la fois le substrat spécifique et le dénominateur culturel commun de l'Europe»¹⁴⁸. La Convention n'est donc pas juridiquement neutre, étant guidée par des valeurs et des idéaux spécifiques associés à une culture politique déterminée.

¹⁴³ Préambule de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

¹⁴⁴ *Ibid*; article 3 du *Statut du Conseil de l'Europe*, *supra* note 138; *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, *supra* note 2, au para. 53.

¹⁴⁵ Article 1b du *Statut du Conseil de l'Europe*, *supra* note 138 et *Soering c. Royaume-Uni*, *supra* note 3, au para. 87.

¹⁴⁶ Selon Jehan, il est possible de distinguer trois conceptions de la culture : «un modèle patrimonial, intrinsèque à la notion d'héritage ; un modèle biologique, comparant son fonctionnement à celui d'un organisme ; et enfin un modèle dialogique, résultant de la confrontation permanente de courants antagonistes», in Aude Jehan, *La culture au sein de l'Union européenne : objet politique non identifié?*, Master, Institut Européen de l'Université de Genève, 2007 [non publiée], à la p. 6.

¹⁴⁷ *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

¹⁴⁸ *Ibid*; Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 70, à la p. 10.

2.2.1.3 La consolidation de la légitimité constitutive par les arrêts rendus par la Cour

Le rôle de la Cour est d'interpréter et d'appliquer les dispositions contenues dans la Convention et ses Protocoles¹⁴⁹ en fonction des buts et objectifs de l'instrument¹⁵⁰, soit la reconnaissance de l'existence de droits humains dans l'espace européen¹⁵¹. Nous soutenons que les arrêts permettent de renforcer les fondements légaux et politiques associés à l'origine de l'instauration de la Cour. C'est donc par l'effet constitutionnalisant des arrêts que s'opère le processus de consolidation de sa légitimité constitutive, ce qui a poussé la Cour à s'auto-qualifier d'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen»¹⁵².

Cet effet constitutionnalisant se manifeste par la portée des questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer : son analyse porte sur les «questions fondamentales relatives [...] à la structure sociale et aux relations institutionnelles, ce qui a pour conséquence de jauger les limites de l'exercice du pouvoir public en fonction d'intérêts spécifiques qualifiés de droits [traduction libre]»¹⁵³. En effet, l'examen réalisé par la Cour porte sur les droits d'un individu en relation avec un texte de loi ou une politique publique. C'est pourquoi son rôle est de nature analogue à celui des cours constitutionnelles¹⁵⁴, la Cour étant juge ultime de la conventionalité des normes et pratiques internes»¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Article 32(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

¹⁵⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U 331.

¹⁵¹ Luzius Wildhaber, « Place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen » (Allocution dans le cadre de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes XIIème Congrès, Bruxelles, 14 mai 2002), à la p. 2.

¹⁵² *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 90, au para. 93.

¹⁵³ Greer et Wildhaber, « Revisiting the Debate about "Constitutionalising" the European Court of Human Rights », *supra* note 87, à la p. 667.

¹⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 670.

¹⁵⁵ Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme -Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *supra* note 89, à la p. 13.

L'adoption d'un rôle quasi-constitutionnel *sui generis*, pour reprendre les termes de Wildhaber¹⁵⁶, s'est réalisée de manière conjointe avec le développement de diverses méthodes interprétatives par la Cour. Plusieurs instruments internationaux, dont la Convention, comportent une texture ouverte, qui permet aux institutions chargées de leur interprétation de préciser leur sens¹⁵⁷. Les mécanismes interprétatifs bonifient l'interprétation en considérant et/ou en intégrant les buts et objectifs de la Convention lors de l'analyse des affaires qui lui ont été soumises. Pour Boillat, l'adoption de ces méthodes interprétatives «veille[nt] à ce que les niveaux de protection garantis par la Convention évoluent avec les mentalités et les normes juridiques, tant à l'intérieur des États parties que par-delà leurs frontières»¹⁵⁸.

Parmi ces méthodes interprétatives se trouvent le recours à l'interprétation dynamique et évolutive de la Convention, qui ont consolidé les fondements, à la fois politiques et légaux, à l'origine de l'instauration de la Cour. D'une part, l'interprétation évolutive permet de considérer le contexte dans lequel a évolué la norme juridique sans en modifier le contenu. En d'autres termes, elle «consiste à tenir compte de l'évolution du contexte d'application de la Convention : celle-ci est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles»¹⁵⁹. D'autre part, l'interprétation dynamique est davantage associée à une compréhension élargie des droits contenus dans la Convention ou encore à l'intégration de nouvelles obligations n'ayant pas été prévues par le texte¹⁶⁰ ; l'objectif étant de garantir l'effectivité de la protection des droits¹⁶¹ et, par extension, le respect du fondement légal de l'institution.

¹⁵⁶ Wildhaber in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, *supra* note 16, à la page 95.

¹⁵⁷ Olli Mäenpää, « Immediate Legitimacy? Problems of Legitimacy in a Consensually Oriented Application of Law » (1989) 8 : 3 *Law Philos*, à la p. 327.

¹⁵⁸ Philippe Boillat, « La Convention européenne des droits de l'homme a 60 ans : s'appuyer sur le passé, regarder vers l'avenir », en ligne : www.coe.int/t/tdc/files/source/Article_Boillat_fr.doc

¹⁵⁹ *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) 26 ECHR 2 (série A), 2 EHRR 1, au para. 31.

¹⁶⁰ Boillat, *supra* note 158.

¹⁶¹ *Airey c. Irlande* (1979) 32 CEDH 3 (série A), 2 EHRR 305.

2.2.2 La légitimité performative de la Cour européenne des droits de l'homme

Tel qu'exprimé dans les paragraphes précédents, la légitimité constitutive représente les bases sur lesquelles une institution fonde sa légitimité. Cependant, pour la maintenir au fil du temps, s'ajoutent des critères relatifs à l'impact à la fois normatif et technique de l'institution. Ainsi, contrairement à la légitimité constitutive, qui représente un moment temporel spécifique, la légitimité performative est appelée à varier au fil du temps en fonction des actions et décisions de l'institution. Conséquemment, afin de garantir le maintien de la perception de sa légitimité par ses sujets, l'institution se doit d'assurer que ses actions et décisions sont prises en respect des fonctions qui lui sont attribuées de même qu'en conformité avec le droit pertinent¹⁶². Plus spécifiquement, l'analyse de la légitimité performative de la Cour se décline en deux éléments, soit le succès effectif en termes de protection des droits ainsi que le succès technique de celle-ci.

2.2.2.1 La constitutionnalisation comme méthode de garantie du succès effectif de la Convention

Le succès effectif de la Cour en termes de protection des droits s'apprécie à la lumière du décalage entre les dispositions contenues dans la Convention, prévoyant l'octroi d'une certaine discrétion législative aux États, et l'effet constitutionnalisant de ses arrêts.

Dans un premier temps, les arrêts impliquent une obligation de résultats pour les États parties puisqu'ils ont l'obligation de se «conformer aux arrêts définitifs de la Cour»¹⁶³ lors de litiges. Les États sont donc tenus d'appliquer les jugements de la Cour en

¹⁶² d'Aspremont et De Brabandere, « Complementary Faces of Legitimacy in International Law », *supra* note 132, à la p. 215.

¹⁶³ Article 46 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

redressant les violations de la Convention mais ceux-ci disposent des moyens de leur choix pour le faire¹⁶⁴. Ainsi, la portée d'un jugement de la Cour est conditionnelle à l'interprétation par l'État fautif : «c'est à l'État défendeur d'interpréter le jugement et de déterminer les implications en droit interne [traduction libre]»¹⁶⁵. La Cour ne peut renverser une décision rendue par un tribunal national ou rendre caduque une disposition législative jugée contraire à la Convention. C'est ce qui ressort de l'affaire *Marckx c. Belgique*¹⁶⁶, dans laquelle la Cour affirme qu'il «appartient à l'État en cause, et à lui seul, de prendre les mesures qu'il estime appropriées pour assurer la cohérence et l'harmonie de son droit interne»¹⁶⁷.

En outre, comme les États membres du Conseil de l'Europe acceptent de façon obligatoire la juridiction de la Cour, «l'exécution spontanée [de ses décisions est donc] considérée comme le corollaire logique de la reconnaissance de [cette] compétence»¹⁶⁸. Ce caractère obligatoire et immédiat est confirmé dans l'arrêt *Vermeire c. Belgique*¹⁶⁹, dans lequel la Cour affirme «l'effet direct de ses arrêts et la nécessité pour les juridictions nationales de tenir compte de sa jurisprudence»¹⁷⁰. De surcroît, comme les arrêts sont définitifs¹⁷¹, cela soustrait toute possibilité d'être examinés devant une autre instance que la Grande Chambre¹⁷². Ainsi, les décisions de la Cour ne peuvent être révisées, ni par un tribunal national ni par un autre tribunal

¹⁶⁴ *Belilos c. Suisse* (1988) 132 CEDH 4 (série A), 10 EHRR 466, au para. 78; *Marckx c. Belgique* (1979) 31 CEDH 2 (série A), 2 EHRR 330, au para. 58.

¹⁶⁵ Cameron, « Protocol 11 to the European Convention on Human Rights », *supra* note 26, à la page 228.

¹⁶⁶ *Marckx c. Belgique*, *supra* note 164.

¹⁶⁷ *Ibid.*, au para. 42.

¹⁶⁸ Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme -Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *supra* note 89, à la p. 99.

¹⁶⁹ *Vermeire c. Belgique* (1991) 214-C CEDH 56 (série A), 15 EHRR 488.

¹⁷⁰ *Ibid.*, au para. 25.

¹⁷¹ Article 44 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

¹⁷² Article 43 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

international¹⁷³; le contraire aurait pu, comme potentielle conséquence, susciter un affaiblissement de l'autorité des arrêts rendus par la Cour.

Dans un second temps, le contenu même des arrêts a un effet constitutionnalisant puisque la Cour induit de véritables modifications législatives dans les ordres juridiques internes, suite à la reconnaissance d'une violation de la Convention. Ces changements ont été justifiés par le rôle «d'oracle» associé aux travaux de la Cour : «[l]ike other powerful constitutional courts, the Court performs an *oracular* function: the nature and scope of Convention rights are identified, clarified, and expanded through the Court's pronouncements, over time, as circumstances change»¹⁷⁴. La constitutionnalisation progressive de la Convention s'est réalisée de manière conjointe avec l'adoption d'un regard interprétatif dynamique et évolutif par la Cour au moment de rendre ses arrêts. Ces méthodes interprétatives ont permis de considérer des éléments autres que l'unique volet textuel de la Convention, tels que les objectifs et buts de l'instrument ou encore l'évolution du contexte.

Ces changements dus à l'effet constitutionnalisant des arrêts revêtent deux formes, soit la nécessité pour les États d'adopter des mesures générales pour remédier à une violation ou encore, la modification de lois ou de la Constitution afin que celles-ci soient conformes à la Convention.

Même s'il revient généralement à l'État de déterminer les moyens afin de se conformer à la Convention, la Cour tend à se montrer davantage impliquée dans le choix des stratégies à adopter, qui se traduisent généralement par des changements

¹⁷³ Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme -Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, supra note 89, à la p. 91.

¹⁷⁴ Alec Stone Sweet, « On the Constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court » (2009) 80 Rev Trimest Droits L'homme, en ligne : <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=alec_stone_sweet>, à la p. 5.

législatifs dans les ordres juridiques internes¹⁷⁵. En effet, la Cour se prononce de plus en plus sur les mesures individuelles ou générales à mettre en œuvre en vue de redresser les violations de la Convention, ce qui a pour conséquence la restriction de la liberté de choix des États. Ceci s'est produit dans plusieurs affaires, dont *Assanidzé c. Géorgie*¹⁷⁶, où la Cour a indiqué à l'État que l'unique option était la libération immédiate du requérant¹⁷⁷, ou encore *Claes et autres c. Belgique*¹⁷⁸, où la Cour a statué que «le transfert du requérant dans un établissement approprié à ses besoins constitu[ait] la manière adéquate de redresser la violation constatée»¹⁷⁹.

En plus des mesures provisoires qui peuvent être ordonnées par la Cour, cet effet constitutionnalisant des arrêts se manifeste par la primauté de la Convention sur les lois et constitutions nationales et est illustré par la procédure «d'arrêt-pilote». Cette dernière consiste à rendre un jugement sur le fond sur un cas représentant une violation systémique de la Convention due à un problème de nature structurelle. Au moment de rendre ce type de jugements, la Cour suspend les requêtes pendantes et demande à l'État d'adopter des mesures générales permettant de remédier à cette défaillance structurelle¹⁸⁰. La procédure d'arrêt-pilote vient limiter la discrétion législative de l'État puisque c'est la Cour qui détermine les moyens permettant de remédier à la violation.

Cet effet constitutionnalisant des arrêts-pilote est davantage marqué dans trois affaires relatives au droit de vote des prisonniers, où le respect des jugements de la Cour nécessitait des modifications législatives ou constitutionnelles afin d'être

¹⁷⁵ Cameron, « Protocol 11 to the European Convention on Human Rights », *supra* note 26, à la page 223.

¹⁷⁶ *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, [2004] II CEDH 155, 39 EHRR 32.

¹⁷⁷ *Ibid.*, aux para. 202-203.

¹⁷⁸ *Claes et autres c. Belgique*, n° 46825/99, [2005] ECHR 352.

¹⁷⁹ *Ibid.*, au para. 141.

¹⁸⁰ Tom Barkhuysen et Michiel Van Emmerik, « Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects », dans *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, 437, à la p. 440.

conforme à la Convention. Dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*¹⁸¹, la Cour a statué que la loi de 1983 sur la représentation du peuple, qui interdit aux détenus de voter, consiste en une «restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention. [...] [Cette restriction] outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle»¹⁸². Dû à l'inaction du gouvernement britannique et l'augmentation du nombre de cas référé à la Cour concernant des situations identiques, la Cour sera amenée à rendre un arrêt-pilote dans l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*¹⁸³.

Dans ce jugement, la Cour reconnaît explicitement l'incompatibilité de la loi de 1983 sur la représentation du peuple avec le respect de la Convention et que cette atteinte de nature systémique nuit à l'efficacité du système européen de protection des droits¹⁸⁴. Pour la Cour, il est «clair également qu'il est nécessaire de modifier la loi [de 1983] pour rendre le droit électoral compatible avec les exigences de la Convention»¹⁸⁵. Compte tenu des circonstances en l'espèce, la Cour a déterminé l'octroi d'un délai de six mois au Royaume-Uni pour présenter les propositions visant à modifier sa législation électorale¹⁸⁶.

L'interdiction pour les prisonniers de voter par une mesure législative n'est cependant pas limitée au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie*¹⁸⁷, la Cour s'est basée sur le précédent dégagé dans l'affaire *Hirst* pour déterminer l'incompatibilité de l'article 32(3) de la Constitution russe avec la Convention¹⁸⁸. De surcroît, la Cour propose à l'État deux possibilités afin de redresser la violation.

¹⁸¹ *Hirst c. Royaume-Uni*, n° 40787/98, [2001], IX CEDH 481.

¹⁸² *Ibid.*, au para. 82.

¹⁸³ *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08, [2011], CEDH 686, 53 EHRR 21.

¹⁸⁴ *Ibid.*, au para. 111.

¹⁸⁵ *Ibid.*, au para. 112.

¹⁸⁶ *Ibid.*, au para. 115.

¹⁸⁷ *Anchugov et Gladkov c. Russie*, n° 11157/04, [2013], CEDH 638.

¹⁸⁸ *Ibid.*, aux para. 108 à 112.

Ainsi, même si elle reconnaît que c'est à l'État de déterminer les moyens, la Cour suggère tout de même à la Russie de s'engager dans «une forme de processus politique ou à interpréter la Constitution russe [...] en harmonie avec la Convention [traduction libre]»¹⁸⁹.

2.2.2.2 Les réformes de la Convention comme moyen d'assurer le succès technique de la Cour

Dès sa conception, la Cour est considérée comme un avancement déterminant en termes de protection des droits humains en Europe, mais le système de protection instauré par la Convention devient rapidement insuffisant pour répondre au nombre de requêtes lui étant soumises. Il a donc été nécessaire pour l'institution d'instaurer certaines réformes dans le but d'assurer son succès technique.

En effet, entre 1981 à 1993, et suite à l'augmentation du nombre d'États parties au Conseil de l'Europe, le nombre de requêtes a plus que quintuplé, entraînant une durée approximative des procédures d'environ cinq ans¹⁹⁰. C'est pourquoi, dès 1992, l'Assemblée parlementaire, dans sa Recommandation 1194¹⁹¹, souligne l'importance de procéder à une réforme¹⁹², tout en recommandant la création d'une Cour unique et ce, dans un souci de réduction de la durée des procédures et du maintien de la qualité de la jurisprudence de la Cour. Ces éléments ont été réaffirmés dans la *Déclaration de Vienne*, qui réitère l'urgence de procéder à une réforme structurelle d'envergure afin

¹⁸⁹ *Ibid.*, au para. 111.

¹⁹⁰ Rapport explicatif du *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/155.htm>>

¹⁹¹ Recommandation 1194 : Réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme, adoptée lors de la 18^e séance de l'Assemblée parlementaire (6 octobre 1992), en ligne : Conseil de l'Europe <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=15228&lang=FR>>

¹⁹² *Ibid.*

de s'assurer de l'effectivité de la protection garantie par la Convention aux justiciables¹⁹³.

Même si cette réforme semblait prometteuse, elle est insuffisante afin de garantir le succès technique de l'institution puisque l'écart entre les plaintes soumises et le traitement de celles-ci s'est passablement accru. En effet, en 2003,

a total of 17,950 cases were disposed of [...] but in that same year, nearly 38,000 new applications were registered. In 2006, nearly 30,000 cases were disposed of-once again a huge increase- but nearly 40,000 new cases were registered. This brought the total number of cases still pending in 2006 to 90,000.¹⁹⁴

Ainsi, même si les mesures contenues dans le Protocole 11 ont permis à la Cour d'examiner un nombre plus important de requêtes, l'écart entre le nombre de requêtes traitées et celles qui étaient enregistrées s'est davantage creusé: près de 2 300 requêtes sont soumises à la Cour chaque mois¹⁹⁵. Cette surcharge de la Cour ne s'est donc pas amenuisée au fil du temps, au contraire. Par conséquent, malgré la hausse des cas traités, la Cour n'a pas été en mesure d'endiguer le flot de requêtes pendantes. S'est donc rapidement posée la question de la «réforme de la réforme»¹⁹⁶, d'où l'adoption de deux protocoles additionnels dans l'objectif de pallier aux difficultés du système et d'en maximiser l'efficacité.

¹⁹³ Déclaration de Vienne (1993), en ligne : Conseil de l'Europe <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=621763&Site=COE>>

¹⁹⁴ Barkhuysen et Van Emmerik, « Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects », *supra* note 180, aux pp. 440-441.

¹⁹⁵ Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, 12 mai 2009, 194 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/HTML/194.htm>>

¹⁹⁶ Renucci, *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *supra* note 91, à la p. 101.

L'entrée en vigueur du Protocole 14 en 2010¹⁹⁷, approfondit la réforme amorcée avec le Protocole 11, en misant sur des changements quant au fonctionnement de la Cour. Ces modifications visent à octroyer à la Cour «les moyens procéduraux et la flexibilité nécessaires pour traiter l'ensemble des requêtes dans des délais acceptables, tout en lui permettant de se concentrer sur les affaires les plus importantes»¹⁹⁸ par le biais d'un meilleur filtrage des requêtes¹⁹⁹. C'est dans ce but précis que le Protocole 14 introduit un nouveau critère quant à la recevabilité, soit la présence d'un préjudice qualifié d'important²⁰⁰. Avec l'adoption de ce critère, le Conseil de l'Europe estimait que la Cour pourrait déclarer irrecevable plus de 90% des requêtes lui étant soumises²⁰¹, tout en lui octroyant la flexibilité nécessaire au développement du spectre des droits protégés par la Convention²⁰². Une «réforme de la réforme de la réforme»²⁰³ s'est poursuivie avec le Protocole 15²⁰⁴, qui vise à optimiser l'effectivité du système de protection garanti par la Convention. Celui-ci, adopté en 2013 suite aux Conférences d'Interlaken et d'Izmir²⁰⁵, prévoit une

¹⁹⁷ *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 12 mai 2009, 194 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe < <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm> >

¹⁹⁸ *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, *supra* note 191.

¹⁹⁹ Christina G. Hioureas, « Behind the Scenes of Protocol no 14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights » (2006) 24 Berkeley J Intl L, à la p. 732.

²⁰⁰ *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, *supra* note 197.

²⁰¹ Lucius Caflisch, « The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No 14 and Beyond » (2006) 6 : 2 Hum Rights Law Rev, à la p. 405.

²⁰² *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, *supra* note 195, au para. 80.

²⁰³ Caflisch, « The Reform of the European Court of Human Rights », *supra* note 201, à la p. 406.

²⁰⁴ *Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* 24 juin 2013, 213Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe < <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/213.htm> >

²⁰⁵ *Rapport explicatif au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 24 juin 2013, 213Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe < http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf >

modification des critères relatifs à la saisine de la Cour, réduisant le délai de six à quatre mois suite au dernier jugement rendu par une juridiction interne²⁰⁶.

Les paragraphes précédents démontrent la dynamique dans laquelle se sont inscrites les réformes de la Convention et de ses Protocoles. C'est en réponse aux lacunes d'ordre technique, minant l'effectivité de la Cour qu'ont été mises en place ces réformes. Il existe donc une tension entre les deux composantes de la légitimité performative : le succès en termes de protection réelle et effective des droits par la Cour affecte le succès technique, en ayant un impact négatif sur l'effectivité des procédures quant à la saisine de l'institution.

Cependant, malgré un effritement certain de sa légitimité performative, du moins au plan théorique, l'analyse de divers travaux portant sur le sujet tend plutôt à démontrer que la légitimité performative de la Cour s'apprécie en relation avec «la performance et la légitimité des autres institutions ayant un mandat similaire, soit la protection des droits humains [traduction libre]»²⁰⁷. La Cour jouit d'une reconnaissance et d'un statut importants sur la scène internationale, étant perçue par certains auteurs, surtout Européens, comme le système de protection des droits le plus achevé œuvrant dans un cadre supranational²⁰⁸.

²⁰⁶ L'élément le plus notable du Protocole 15 est cependant la consécration de la doctrine de la marge d'appréciation et du principe de subsidiarité dans le Préambule de la Convention. Cette réforme représente un changement certain puisqu'il s'agit de la première fois qu'on reconnaît un rôle accru des États parties en termes d'interprétation de la Convention sur les territoires nationaux. En effet, les amendements ou modifications proposées par les Protocoles 11 et 14 visent uniquement la structure et la compétence de la Cour et non le rôle des États parties à la Convention en termes d'interprétation de la Convention.

²⁰⁷ Çali, Koch, et Bruch, « The Legitimacy of Human Rights Courts », *supra* note 131, à la p. 984.

²⁰⁸ Renucci, *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *supra* note 91, à la p. 101.

2.3 Les arrêts rendus par la Cour comme principal mode de légitimation de l'institution

Nous soutenons que les arrêts rendus par la Cour s'inscrivent dans un processus permettant la confirmation et la justification de l'hégémonie de la Cour et de la Convention. Ce processus permet à la fois aux États et, par extension, aux individus sous la juridiction de la Cour «de croire en sa légitimité normative [traduction libre]»²⁰⁹. Ainsi, les jugements ont une portée morale et sociale, ce qui confirme à la fois l'hégémonie de l'institution ainsi que la légitimité dont elle jouit.

2.3.1 La consolidation de l'autorité morale de la Cour par ses jugements

L'autorité morale de l'institution découle des objectifs politiques associés à la rédaction et l'adoption de la Convention, soit une volonté d'unification dans le but de garantir le respect des droits humains ainsi que la démocratie en Europe²¹⁰. Afin d'assurer la mise en œuvre de manière effective des droits garantis par la Convention, les représentants des gouvernements impliqués dans la rédaction de la Convention ont déterminé l'importance de créer une institution qui serait chargée de «connaître toute violation des obligations définies par la Convention, qu'elles résultent d'actes législatifs, exécutifs ou judiciaires»²¹¹.

L'autorité morale de la Cour s'est vue renforcée au fil du temps par la jurisprudence, qui a confirmé le rôle de la Cour comme institution garante des droits protégés par la Convention sur le territoire européen²¹². Cette consolidation de l'autorité morale de la

²⁰⁹ Thomas, « The Concept of Legitimacy and International Law », *supra* note 99, à la p. 16.

²¹⁰ Préambule de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

²¹¹ Travaux préparatoires des articles 45 et 49 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5, en ligne <<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART45+49-CDH%2870%2932-BIL2888561.pdf>>, à la p. 9.

²¹² *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 90, au para. 93.

Cour a eu un double effet. Tout d'abord, la consolidation de la légitimité de la Cour dans sa dimension performative, étant en mesure d'assurer le respect effectif de la Convention dans l'espace régi par la Convention. Ensuite, s'agissant d'une institution considérée comme légitime et jouissant d'un capital moral important, le processus d'universalisation s'en est trouvé facilité. En effet, les arrêts rendus par la Cour permettent la diffusion d'un système de valeurs axé sur l'importance de la démocratie, du pluralisme ainsi de la prééminence du droit.

2.3.2 La consolidation de la légitimité sociale par les arrêts rendus par l'institution

D'autre part, la légitimité sociale implique une reconnaissance implicite des acteurs quant au fondement du caractère légitime du système par le biais des actions et décisions de l'institution. La «légitimité [devient] un fait social [traduction libre]»²¹³. Plus spécifiquement en ce qui concerne la Cour, les actions et décisions de l'institution se matérialisent sous la forme des arrêts rendus et de leur effet sur le comportement des acteurs. De plus, les mères et pères de la Convention étaient déjà conscientes et conscients du lien existant entre les sphères morale et sociale de la légitimité. À cet effet, les Travaux préparatoires de la Convention indiquent que

«[l]e succès de la Cour (...) dépendra moins de ses pouvoirs effectifs que de son prestige moral. Dans la plupart des cas, la pression de l'opinion publique suffira largement à assurer le respect de ses décisions. Les gouvernements hésiteront à être considérés comme violant les libertés de leurs peuples et préféreront en général se conformer aux arrêts de la Cour, même sans toujours les approuver»²¹⁴.

²¹³ Thomas, « The Concept of Legitimacy and International Law », *supra* note 99, à la p. 14.

²¹⁴ Travaux préparatoires des articles 53 et 54 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5, en ligne <<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH%2872%2927-BIL2888506.pdf>>, à la p. 5.

Cet extrait témoigne du lien entre la légitimité de l'institution ainsi que les processus de naturalisation et de rationalisation et, par extension, du rapprochement conceptuel entre la légitimité et l'hégémonie. En participant à la création de référents ontologiques spécifiques dû à son caractère hégémonique, la Cour instaure un ordre social cohérent, véhiculant des valeurs et principes idéologiques déterminés. Ceux-ci sont ensuite internalisés par les acteurs, entraînant l'intégration des comportements attendus. Ainsi, le droit créé par les arrêts de la Cour balise le processus décisionnel ainsi que les actions²¹⁵ des États parties. En d'autres termes, comme les arrêts rendus sont associés à la détermination de la légalité des normes et actions des États parties, les jugements ont une influence sur les ordres juridiques internes puisque c'est la Cour qui se trouve à interpréter le sens des droits contenus dans la Convention.

Le double statut (légitime et hégémonique) dont jouit la Cour, est confirmé par l'entretien d'une perception généralement favorable, à la fois par la communauté académique et la société civile, à l'égard de la Cour, et ce, malgré certains arrêts controversés rendus par la Cour, témoignant du processus de rationalisation opéré par l'institution. Cette situation fait de la Cour la référence en matière de droits de l'homme sur le continent européen et ce, à la fois en termes de sauvegarde que de développement.

En résumé, l'analyse développée dans cette section nous permet d'affirmer que les actions, normes et idéaux véhiculés par la Cour correspondent aux critères de constitutivité et de performativité tels que proposés par Çali, Koch et Bruch. Ceci nous soutient la proposition selon laquelle la Cour est une institution jouissant d'un caractère légitime. Nous avons ensuite intégré les concepts développés dans le cadre théorique à cette proposition afin de montrer les liens existant entre les concepts d'hégémonie et de légitimité.

²¹⁵ Přibáň, « Beyond Procedural Legitimation », *supra* note 105, à la p. 336.

CHAPITRE 2 : L'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Même si l'interprétation de la Convention constitue le rôle premier de la Cour, il n'en est pas moins que l'effet de cet exercice est que le champ d'application de la Convention et, par le fait même, la compétence de la Cour, se sont continuellement élargis. Le présent chapitre cherche à valider le postulat selon lequel cette co-construction de l'hégémonie et de la légitimité de la Cour a permis l'élargissement de sa compétence générale au fil du temps.

Pour ce faire, nous procéderons à une analyse jurisprudentielle mettant en lumière le décalage entre la compétence selon le libellé de la Convention et l'interprétation qu'en fait la Cour. Les quatre premières sections contenues dans ce chapitre développeront sur l'évolution de la compétence de la Cour en abordant ses diverses dimensions, à savoir ses composantes personnelle, territoriale, temporelle et matérielle. La cinquième section analysera la manière dont la Cour justifie la transformation de sa compétence, à la fois par le langage utilisé et par le recours à des mécanismes interprétatifs spécifiques.

1. L'interprétation du concept de 'victime' par la Cour comme comprenant aussi les victimes potentielles et indirectes

La Convention octroie la qualité de sujets du droit international aux individus, en plus de leur permettre l'accès à un recours judiciaire lors de violations de ses dispositions, mais seule une victime peut intenter un recours devant la Cour suite à l'épuisement des recours internes²¹⁶. La Convention ne se révèle cependant pas très précise en ce qui concerne la caractérisation de victime : l'article 34 de la Convention stipule que

peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles²¹⁷.

Cette situation a poussé la Cour à statuer qu'il s'agit d'un concept autonome²¹⁸, à savoir que la qualification de victime repose uniquement sur l'interprétation qu'en fait la Cour²¹⁹. Conséquemment, les critères nationaux tels la qualité ou l'intérêt pour agir ne sont pas pris en considération²²⁰.

²¹⁶ De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagrancy") c. Belgique (1971), 12 CEDH 1 (série A), 1 EHRR 373, au para. 55.

²¹⁷ Article 34 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

²¹⁸ Le concept autonome peut être défini comme un concept présent «dans le texte de la Convention [auquel] la Cour donne sa propre définition, une définition européenne qui n'est pas celle des droits internes», in Julie Caro, Isis Nespoulous et Anne-Sophie Sirinelli, «L'Interprétation du champ d'application de l'article 6§1 à l'aune de la sécurité juridique», École nationale de la Magistrature, en ligne :

<<http://www.ejtn.eu/Documents/Themis/Debates/Themis%20written%20paper%20France%202.pdf>>, à la p. 4.

²¹⁹ *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00, [2004] III CEDH 225, 45 EHRR 45, au para. 35.

²²⁰ *Ibid.*

Ainsi, tels que le montrent les arrêts susmentionnés, la Cour a statué que le risque d'être lésé par une mesure, pour reprendre ses termes, suffisait pour être reconnu comme victime potentielle. Les critères s'appliquant auparavant lors de la détermination de la reconnaissance du statut de victime peuvent donc s'estomper dans l'objectif de garantir l'effet utile de la Convention.

1.1 L'interprétation généreuse par la Cour de la qualité de victime : l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* comme introduisant le concept de «victime potentielle»

La reconnaissance des victimes potentielles constitue un élargissement de la compétence personnelle de la Cour. Traditionnellement, la Cour excluait d'emblée toute allégation d'un requérant se basant sur une violation possible ou éventuelle de la Convention par un texte de loi nationale ou une politique publique; le plaignant devait être «effectivement lésé»²²¹ par la loi ou la politique en question²²². Conséquemment, le requérant devait directement avoir subi les effets de la mesure ou de l'omission impliquée dans le litige²²³; celui-ci ne pouvait « se prétendre 'victime' d'un acte dépourvu, temporairement ou définitivement, de tout effet juridique »²²⁴.

Dès 1978, la Cour a usé d'une plus grande liberté quant à l'interprétation de la compétence personnelle par rapport à sa conception originale de celle-ci. Dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*²²⁵, qui concerne une disposition législative allemande permettant la surveillance des correspondances et des conversations téléphoniques, la Cour a reconnu le statut de victime directe aux requérants, tout en se prononçant sur le statut de victime potentielle. À cet effet, la Cour a indiqué qu'il

²²¹ Norris c. Irlande (1988), 142 CEDH 22 (série A), 13 EHRR 186, au para. 30.

²²² *Ibid*, au para. 31; Otto-Preminger-Institut c. Autriche (1994) 26 CEDH 295 (série A), 19 EHRR 34, au para. 39.

²²³ Klass et autres c. Allemagne (1978), 28 CEDH 4, 2 EHRR 214, au para. 33.

²²⁴ Monnat c. Suisse, n° 73604/01 [2006] X CEDH 1206, au para. 31.

²²⁵ *Klass et autres c. Allemagne*, *supra* note 223.

était possible et ce, même si en l'espèce, les requérants n'étaient pas eux-mêmes surveillés,

qu'un individu puisse, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation en permettant, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées²²⁶.

Cette affaire constitue le premier signe d'ouverture de la Cour quant à l'ajout d'une nouvelle catégorie de requérants. Il faudra cependant à la Cour un peu plus d'une décennie afin d'introduire de manière plus précise et concrète le concept de victime potentielle. Dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*²²⁷, la Cour considère que le requérant, qui risquait la peine de mort advenant son extradition vers les États-Unis, était une victime potentielle. La Cour s'est donc octroyé la possibilité de déroger à la règle générale puisque aucune violation de la Convention n'avait lieu au moment où l'individu a soumis sa requête. À cet effet, la Cour a déclaré qu',

[en] principe, il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci. Une dérogation à la règle générale s'impose pourtant (...) [en vue de garantir l'efficacité] assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée.²²⁸

Afin de justifier son choix de reconnaître la requête comme étant recevable, la Cour a mis en exergue «la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée» [traduction libre]²²⁹.

Cet extrait laisse sous-entendre que cette situation extraordinaire requiert un examen au fond, malgré le fait qu'il s'agisse d'une entorse à la compétence «ordinaire» de la Cour, qui prévoit l'examen d'affaires provenant de victimes directes de violation de

²²⁶ *Klass et autres c. Allemagne*, *supra* note 218, au para. 34.

²²⁷ *Soering c. Royaume-Uni*, *supra* note 2.

²²⁸ *Ibid.*, au para. 90.

²²⁹ *Ibid.*

la Convention. En outre, la Cour fait référence à l'effectivité des garanties prévues par la Convention²³⁰, renvoyant à la doctrine de l'effet utile. Cette dernière tire ses fondements de l'objectif de protection de l'individu par l'application de la Convention «d'une manière qui serve à rendre efficace le système des requêtes individuelles»²³¹.

Cette qualification de victime potentielle sera confirmée dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*²³², qui concerne la restriction d'accès à l'information sur l'avortement pour les femmes enceintes. La Cour a jugé que les plaignantes, enceintes ou non, avaient la qualité de victimes. Comme elles étaient toutes en âge de procréer, les requérantes étaient susceptibles d'être touchées par la restriction d'information²³³. Ainsi, pour la Cour, «la mesure dénoncée risque de les léser directement, elles n'essaient pas de discuter dans l'abstrait la compatibilité du droit irlandais avec la Convention. Elles peuvent donc se prétendre "victimes"»²³⁴. Dans cet extrait, la Cour ne fait qu'affirmer que les requérantes sont des 'victimes potentielles' de la restriction d'informations par l'État irlandais, ce qui diverge de l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*. En l'espèce, la Cour fait mention d'un risque, sans se prononcer sur l'impact de celui-ci sur les requérantes, tandis que dans *Soering c. Royaume-Uni*, elle fait plutôt référence au «caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée»²³⁵.

Ainsi, tels que le montrent les arrêts susmentionnés, la Cour a statué que le risque d'être lésé par une mesure, pour reprendre ses termes, suffisait pour être reconnu comme victime potentielle. Les critères s'appliquant auparavant lors de la

²³⁰ *Ibid.*, au para. 84.

²³¹ *Klass et autres c. Allemagne*, *supra* note 223, au para. 34.

²³² *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande* (1992), 246-A CEDH 68 (série A), 15 EHRR 244.

²³³ *Ibid.*, au para. 44.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Soering c. Royaume-Uni*, *supra* note 2, au para. 90.

détermination de la reconnaissance du statut de victime peuvent donc s'estomper dans l'objectif de garantir l'effet utile de la Convention.

1.2 La reconnaissance du statut de «victime indirecte» dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*

De manière complémentaire, la Cour a procédé à un élargissement d'une autre catégorie de victimes, soit les victimes dites indirectes. Cette notion réfère à la situation où le préjudice subi par un individu est lié à la violation des droits d'une victime directe²³⁶. Dans l'affaire *Eckle c. Allemagne*²³⁷, la Cour a statué que la qualification de 'victime' «désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux»²³⁸. Cette règle n'est cependant pas stricte puisque des requêtes peuvent être soumises par des individus n'étant pas des victimes directes. Dans l'arrêt *W c. Royaume-Uni*²³⁹, la Cour pose certaines balises, à savoir l'impossibilité pour la victime directe de soumettre elle-même sa requête à la Cour ainsi que l'existence d'un lien étroit entre le requérant et 'la victime directe'²⁴⁰ (généralement sous-entendu comme un lien de parenté). En l'absence de conformité à ces deux critères, la Cour a eu tendance à déclarer la requête irrecevable²⁴¹.

²³⁶ Tom Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, aux pp. 69-70.

²³⁷ *Eckle c. Allemagne* (1982), 51 CEDH 4 (série A), 5 EHRR 1.

²³⁸ *Ibid.*, au para. 66.

²³⁹ *W. c. Royaume-Uni* (1985) 121 CEDH 112 (série A).

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Nassau Verzekering Maatschappij N.V. v. the Netherlands*, n°57609/09 (4 Octobre 2011), au para. 20.

Cependant, «au fil des années, le concept de victimes indirectes s'est transformé en moyen d'intervenir par une tierce partie [traduction libre]»²⁴², tel que le montre l'affaire *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*²⁴³. Dans cette dernière, la Cour a statué que

lorsque le citoyen est confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives [...] constitue l'un des moyens accessibles [...] dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers²⁴⁴.

Elle a donc jugé recevable la requête provenant d'une association ayant pour objectif de défendre des individus affectés par la création d'un barrage et ce, même si les recours internes n'avaient pas été épuisés par tous les membres et que l'association n'était pas directement touchée par l'acte litigieux. Encore une fois, l'élargissement de la compétence de la Cour s'est matérialisé dû à la volonté de garantir l'effectivité des droits protégés par la Convention. La Cour a justifié sa position par l'adaptabilité de l'instrument afin d'accomplir ses buts et objectifs. C'est pourquoi la Cour a jugé que

la notion de victime évoquée à l'article 34 doit, comme les autres dispositions de la Convention, faire l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. (...) Une autre approche, [...] formaliste de la notion de victime, rendrait inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention²⁴⁵.

²⁴² Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, *supra* note 236, à la p. 81.

²⁴³ *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, *supra* note 219.

²⁴⁴ *Ibid.*, au para. 38.

²⁴⁵ *Ibid.*

2. La reconnaissance de l'application extra-territoriale de la Convention par la Cour

En vertu de l'article 1 de la Convention, pour qu'une affaire soit jugée recevable, celle-ci doit être relative à des faits qui relèvent de la juridiction de l'État mis en cause. Ainsi, «la 'juridiction', au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non*»²⁴⁶ à la recevabilité. Le concept de juridiction renvoie, au premier chef, à des actes accomplis sur le territoire national et, par conséquent, à la présence physique du requérant dans cet espace. Il y a donc une prédominance du critère territorial dans la détermination de la recevabilité d'une requête²⁴⁷.

À l'origine, la juridiction de la Cour se limitait aux actes se déroulant sur le territoire national des États parties. En effet, lors de l'élaboration de la Convention, l'objectif de l'Assemblée parlementaire était «d'accorder le bénéfice de la Convention à toute personne se trouvant sur le territoire des États signataires, même à celles qui ne sauraient être considérées comme y résidant au sens juridique du mot»²⁴⁸.

La Cour a cependant élargi de manière significative sa compétence territoriale par le biais de ses arrêts prétoriens en y amenant des exceptions qui permettent d'engager la responsabilité d'un État à «raison d'actes émanant de [ses] organes et déployant [ses] effets en dehors dudit territoire»²⁴⁹.

²⁴⁶ *Drozd et Janousek c. France et Espagne* (1992), 648 CEDH 240 (série A), 14 EHRR 745, au para. 91.

²⁴⁷ *Banković et autres c. Belgique et autres* [GC], n° 52207/99, [2001] XII CEDH 890, 44 EHRR SE5.

²⁴⁸ *Ibid.*, au para. 19.

²⁴⁹ *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, *supra* note 246, au para. 91.

2.1 L'Élargissement de la compétence de la Cour par le déploiement des effets de la Convention à l'extérieur de l'espace territorial des États parties

Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*²⁵⁰, la Turquie a allégué que la Cour ne pouvait être compétente pour examiner l'affaire puisque l'État n'avait pas juridiction sur le territoire situé au nord de Chypre; l'article 1 ne pouvait s'appliquer en l'espèce. La Cour a cependant déclaré que le concept de juridiction ne se limitait pas aux actes se déroulant sur le territoire national et que, par conséquent, la responsabilité d'un État pouvait être engagée lors d'actions ou d'omissions se déroulant à l'extérieur de ses frontières²⁵¹, mais à l'intérieur de l'espace européen. Pour justifier ce changement en termes de raisonnement, la Cour a recours à un argument téléologique, soit l'interprétation en fonction de «l'objet et du but de la Convention»²⁵². À partir de cet argument, la Cour dégage que l'État a la responsabilité de respecter et de faire appliquer la Convention lorsqu'il «exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national [...] par l'intermédiaire [de ses] forces armées ou par le biais d'une administration locale subordonnée»²⁵³.

L'affaire *Loizidou c. Turquie* introduit donc le concept de «contrôle global» lors de la détermination de la compétence territoriale, qui permet à la Cour d'imputer des actes ou omissions à un État lorsque ceux-ci sont réalisés hors du territoire national, mais à l'intérieur de l'espace européen. Le concept de contrôle global s'éloigne cependant de la stricte application du critère de territorialité prévu au moment de la rédaction de la Convention. Ce principe de contrôle global sera réaffirmé ultérieurement dans l'affaire *Chypre c. Turquie*²⁵⁴, dans laquelle la Cour indiquera que la compétence

²⁵⁰ *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 90.

²⁵¹ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) (1995), 310 CEDH 10 (série A), 20 EHRR 99, au para. 62.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, [2001] IV CEDH 331, 11 BHRC 45.

territoriale de la Cour s'étend aux territoires occupés par un État partie à la Convention²⁵⁵. Ainsi, l'argument élaboré dans l'affaire *Loizidou* «revêt la forme d'une déclaration de principe quant à la responsabilité»²⁵⁶.

Le raisonnement de la Cour quant à l'étendue du concept de juridiction sera précisé dans l'affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*²⁵⁷, dans laquelle les États défendeurs ont tous deux allégués ne pas exercer de juridiction sur le territoire de la Transnistrie.

D'une part, la Cour a affirmé que l'exercice de la juridiction de la Moldavie se trouvait réduit dû aux circonstances factuelles. L'État était cependant tenu de prendre des «mesures qui [étaient] en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer [...] le respect des droits garantis par la Convention»²⁵⁸. La Cour associe donc des obligations positives associées au principe de juridiction²⁵⁹.

D'autre part, la Russie a affirmé que la Transnistrie se trouvait sur le territoire de la Moldavie : elle n'avait donc pas juridiction sur la région. La Cour adopte une position opposée à celle de l'État défendeur en alléguant que même si ni l'État ni ses agents n'avaient participé aux événements visés dans la requête, il n'en était pas moins que la Transnistrie se trouvait «sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique fourni par la Fédération de Russie»²⁶⁰.

²⁵⁵ *Ibid*, aux para. 75-81.

²⁵⁶ *Ibid*, au para. 77.

²⁵⁷ *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, [2004] VII CEDH 1, 40 EHRR 46.

²⁵⁸ *Ibid*, au para. 331.

²⁵⁹ *Ibid*, aux para. 332 et s.

²⁶⁰ *Ibid*, au para. 392.

Par conséquent, le concept de juridiction, tel qu'entendu par l'article 1, peut inclure des territoires n'étant pas sous le contrôle effectif de l'État, mais se trouvant à l'intérieur de ses frontières nationales ou des territoires «sous autorité effective» ou «sous influence décisive» d'un État, pour reprendre les termes utilisés par la Cour. Ainsi, la responsabilité d'un État peut être engagée lors d'actes ou omissions commis sur ces territoires et allant à l'encontre de la Convention. Tout comme dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, la Cour ne procédera que par simple déclaration, à savoir que les faits relèvent de la compétence de la Cour.

2.2 L'extension de la compétence territoriale par l'application de la Convention sur le territoire d'un État tiers à la Convention

De surcroît, en plus d'élargir sa compétence territoriale lors des situations susmentionnées, la Cour sera amenée à statuer que la responsabilité d'un État peut être engagée suite à des actes perpétrés sur le territoire d'un État tiers²⁶¹ à la Convention, ce qui constitue un élargissement davantage marqué de sa compétence que ce qui a été développé dans les paragraphes précédents.

Dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*²⁶², des requérantes irakiennes ont accusé la Turquie de la disparition et du meurtre de leurs frères et époux par le biais de l'action de ses agents lors d'une opération anti-terroriste sur le sol irakien. Dans cette affaire, la Cour ne rejette pas la possibilité selon laquelle la Turquie aurait pu exercer un contrôle effectif sur la région dans laquelle s'est déroulée l'opération militaire : les actes reprochés auraient donc pu relever de la juridiction turque et la responsabilité de l'État aurait donc pu être engagée²⁶³. Elle ne peut cependant conclure à une violation

²⁶¹ Par «État tiers», nous faisons référence à un État ne faisant pas partie du Conseil de l'Europe et, par extension, se trouvant à l'extérieur de l'espace géographique sous la juridiction de la Convention et de la Cour.

²⁶² *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96 (16 novembre 2004).

²⁶³ *Ibid.*, au para. 74.

en l'espèce par manque de preuves, mais avance tout de même l'hypothèse qu'un État est tenu de respecter la Convention et ce, même à l'extérieur de l'espace européen.;

Le premier constat de violation de la Cour concernant des actes se déroulant sur le territoire d'un État tiers a été rendu lors de l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*²⁶⁴. Dans cette requête, les plaignants ont soutenu que le Royaume-Uni avait failli à ses obligations en procédant à leur transfèrement à une juridiction pénale irakienne et ce, malgré le rétablissement de la peine de mort en Irak. Suite à leur arrestation, les requérants «furent placés dans des centres administrés par le Royaume-Uni, en qualité d'individus internés pour raisons de sécurité»²⁶⁵. Malgré une ordonnance irakienne permettant le maintien de la détention de ces individus dans un centre sous autorité britannique et l'octroi de mesures provisoires, le Royaume-Uni a tout de même procédé à un changement de statut permettant leur transfert²⁶⁶. La Cour conclura que les autorités britanniques exerçaient un contrôle effectif et exclusif sur le centre de détention et que, conséquemment, les requérants relevaient de la juridiction britannique²⁶⁷. Elle réaffirmera les principes dégagés dans l'affaire *Loizidou c. Turquie* relativement à la pertinence d'une interprétation téléologique de la Convention²⁶⁸, en plus de rappeler l'importance d'assurer une application effective puisque «les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide»²⁶⁹.

²⁶⁴ *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, [2010] CEDH 285, 51 EHHR 9.

²⁶⁵ *Ibid.*, au para. 80.

²⁶⁶ *Ibid.*, au para. 131.

²⁶⁷ *Ibid.*, au para. 140.

²⁶⁸ *Ibid.*, au para. 127.

²⁶⁹ *Ibid.*, au para. 126.

3. L'élargissement de la compétence temporelle de la Cour par la considération d'éléments antérieurs à la ratification

La Convention comporte deux volets relatifs à sa compétence temporelle: l'ancien article 59(3) prévoyait l'entrée en vigueur suite à la ratification du traité par dix États, tandis que l'article 59(4) indiquait que, pour toute accession ultérieure, la Convention était effective dès le dépôt de l'instrument de ratification par l'État concerné²⁷⁰. Une interprétation stricte de la Convention est effectuée par la Commission lorsque celle-ci a été invitée à se prononcer sur la compétence temporelle. À cet effet, la Commission a statué que «selon les principes de droit international généralement reconnus, la Convention ne gouverne pour chacune des Parties contractantes que les faits postérieurs à son entrée en vigueur à l'égard de cette Partie»²⁷¹.

Cette règle a été confirmée par la Cour dans l'affaire *Stamoulakatos c. Grèce (n° 1)*²⁷². Par conséquent, la Cour ne pouvait reconnaître un manquement de l'État face à ses obligations lors de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention puisque cela correspondrait à une application rétroactive. C'est pourquoi la Cour indique que «dissocier le recours des faits qui se trouvent à la base de ce recours équivaldrait à donner un plein effet rétroactif à la Convention, ce qui serait contraire aux principes fondamentaux du droit international public»²⁷³. La Cour fait cependant preuve d'une certaine ouverture dans l'affaire *Jovanović c. Croatie*²⁷⁴ en affirmant qu'elle pourrait, théoriquement, avoir la compétence d'examiner une affaire portant une violation

²⁷⁰ Ancien article 59(3) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

²⁷¹ *X. et Y. c. République Fédérale d'Allemagne* (déc.) n° 5713/72 (9 juillet 1973).

²⁷² Dans l'affaire *Stamoulakatos c. Grèce (n° 1)*, la Cour a jugé que cela correspondrait «à une dissociation entre « les recours et les faits qui les avaient suscités, [ce qui] équivaldrait à priver d'effet, en l'espèce, [la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel]» in *Stamoulakatos c. Grèce (n° 1)*, 26 octobre 1993, série A no 271, au para. 33.

²⁷³ *Kadiķis c. Lettonie* (déc.), n° 47634/99 (29 juin 2000); *Vorochilov c. Russie* (déc.), n° 21501/02 (8 décembre 2012).

²⁷⁴ *Jovanović c. Croatie* (déc.), n° 59109/00, [2002] III CEDH 557.

continue de la Convention et ce, même si la violation débute avant son entrée en vigueur²⁷⁵.

3.1 La situation caractéristique de la violation continue et la considération de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention

Les paragraphes précédents illustrent une application relativement stricte de la Convention en ce qui concerne sa compétence temporelle. La Cour se montrera éventuellement davantage ouverte à l'examen des requêtes relatives à une violation continue de la Convention, tel que le démontreront les paragraphes ultérieurs.

Dans l'affaire *Moldovan et autres c. Roumanie (n°2)*²⁷⁶, la Cour reconnaît que la destruction des effets personnels et des habitations des requérants de même que leur expulsion subséquente du village ne relève pas de sa compétence temporelle, ces actions ayant eu lieu près d'une année avant la ratification de la Convention par la Roumanie²⁷⁷. Cependant, la Cour dresse un portrait plus nuancé, puisqu'elle indique que «tous ces éléments pris dans leur ensemble témoignent d'une attitude générale de la part des autorités [...] [à entretenir] le sentiment d'insécurité ressenti par les requérants après juin 1994»²⁷⁸. Ainsi, malgré le fait qu'elle exclut avoir la compétence d'examiner les faits précédant l'entrée en vigueur de la Convention, la Cour indique la présence d'une «violation grave et continue»²⁷⁹ suite à l'inaction des autorités en vue de faire cesser les violations de la Convention. C'est pourquoi la Cour a jugé que les conditions de vie dans lesquelles étaient les requérants

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, nos 41138/98 et 64320/01, CEDH 2005-VII

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid* au para. 108.

²⁷⁹ *Ibid.*

constituaient une violation de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile²⁸⁰.

La reconnaissance de violations continues comporte toutefois une complexité certaine quant à l'interprétation de la Convention puisque certains faits allégués peuvent s'inscrire à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de la compétence temporelle de la Cour. C'est dans un objectif de clarification que la Cour affirme que «la compétence temporelle de la Cour doit se déterminer par rapport aux faits constitutifs de l'ingérence alléguée»²⁸¹, d'où la nécessité d'identifier de manière exacte «[sa] localisation [...] dans le temps»²⁸². Pour ce faire, la Cour se doit de considérer à la fois les faits en l'espèce et la portée du droit garanti dont le plaignant allègue la violation. Elle précise ensuite que les États doivent conformer leurs actes à la Convention suite à la ratification de celle-ci²⁸³, mais que «la Convention n'impose aux États contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention»²⁸⁴.

Ce raisonnement est appuyé par l'affaire *Haroutyunian c. Arménie*²⁸⁵, où la Cour s'arroge la possibilité de tenir compte des faits antérieurs à la ratification de la Convention si ceux-ci lui permettent d'évaluer de manière plus précise les faits évoqués en l'espèce et étant postérieurs à la ratification. Ce faisant, la Cour se positionne à mi-chemin entre l'approche traditionnelle, excluant l'examen de situations antérieures dans un souci de respect du principe de non-rétroactivité des

²⁸⁰ Unité de presse de la Cour européenne des droits de l'homme, «Roms et Gens du voyage» (2015), en ligne : < http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Roma_FRA.pdf >, à la p. 1.

²⁸¹ *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), *supra* note 276, au para. 77.

²⁸² *Ibid* au para. 82.

²⁸³ *Yağcı et Sargin c. Turquie* (1995), 319-A CEDH 20 (série A), 20 EHRR 505, au para. 40.

²⁸⁴ *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98 [2004], IX CEDH 446, 41 EHRR 4, au para. 38.

²⁸⁵ *Ashot Haroutyunian c. Arménie*, n° 34334/04, 15 juin 2010

traités, et l'affaire *Šilih c. Slovénie*²⁸⁶, caractérisée par un élargissement de la compétence temporelle de la Cour, qui sera examinée ci-après.

3.2 L'élargissement de la compétence temporelle de la Cour avec l'affaire *Šilih c. Slovénie*

Jusqu'à l'affaire *Šilih c. Slovénie*²⁸⁷, la Cour se donnait la possibilité d'examiner des faits avant l'entrée en vigueur de la Convention, mais sans se prononcer directement sur ces faits. Dans cette affaire, la Cour réaffirme la primauté du moment où se produit l'ingérence²⁸⁸ comme critère déterminant de sa compétence temporelle. Elle se questionne aussi sur la possibilité de détacher les obligations procédurales de l'acte matériel. De manière plus précise, la Cour statue que l'obligation procédurale de mener une enquête effective lors du décès d'un individu est «distincte et indépendante» de l'acte matériel (et donc de l'acte ayant entraîné le décès). Elle indique ensuite que celle-ci

peut être considérée comme une obligation détachable résultant de l'article 2 et pouvant s'imposer à l'État même lorsque le décès est survenu avant la date critique [la date d'entrée en vigueur de la Convention Européenne des droits de l'homme (la Convention)]²⁸⁹.

Ainsi, un État peut être condamné par la Cour pour ne pas avoir mené une enquête effective lors du décès d'un individu et ce, même si les événements entourant l'affaire se sont déroulés avant la ratification de la Convention et son entrée en vigueur.

²⁸⁶ *Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01 (28 juin 2007)

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*, au para. 146.

²⁸⁹ *Ibid.*, au para. 159.

Dans le contexte de l'affaire, la Cour a conclu à une violation du volet procédural relatif à l'article 2, sans reconnaître un manquement de l'État face au volet matériel. Plus spécifiquement, la Cour a conclu qu'en vue de se conformer aux obligations découlant de l'article 2, l'État devait s'assurer de

l'instauration d'un système judiciaire efficace permettant, en cas de décès d'un individu qui se trouvait entre les mains des professionnels de la santé, d'établir non seulement la cause de ce décès, mais aussi toute responsabilité éventuelle de ces personnes²⁹⁰.

Ceci n'a pas été réalisé en l'espèce, d'où la reconnaissance d'une violation par la Cour.

Ainsi, même si la Cour considère que sa compétence s'apprécie en relation avec les faits constitutifs de la violation alléguée, elle en est arrivée à détacher les obligations procédurales du volet matériel de l'ingérence, permettant la reconnaissance d'une violation malgré le fait que l'État n'était pas encore lié par les dispositions contenues dans la Convention. La Cour fait donc une distinction entre les obligations procédurales et matérielles en affirmant qu'elles sont «distinctes et indépendantes» par le biais d'une interprétation dynamique de sa compétence temporelle.

4. L'interprétation large des droits contenus dans la Convention comme élargissant la compétence matérielle de la Cour

En vertu de l'article 34, les requêtes formulées doivent concerner un droit garanti par les dispositions contenues dans la Convention ou ses Protocoles²⁹¹. La Cour a néanmoins élargi sa compétence matérielle et ce, en procédant de deux façons. Tout d'abord, en interprétant certains faits comme relevant du spectre des droits protégés par la Convention même si, à prime abord, ceux-ci s'en distinguent ; ensuite, en

²⁹⁰ *Ibid.*, au para. 155.

²⁹¹ Article 34 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

jugeant recevables les requêtes relatives à la violation d'un droit dégagé de la jurisprudence. Ainsi, par l'interprétation généreuse des droits protégés par la Convention dans un objectif de développement des droits, la Cour élargit continuellement sa compétence matérielle. Il faut toutefois noter que, comme ce projet de recherche ne consiste pas en une revue exhaustive de la jurisprudence de la Cour, l'analyse de l'élargissement de la compétence matérielle sera circonscrite à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ainsi qu'à l'interdiction de l'esclavage. Par conséquent, les affaires sélectionnées pour les fins de la démonstration seront limitées.

4.1 L'Élargissement de la compétence matérielle de la Cour par l'interprétation large de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains.

L'interdiction de la torture et des traitements inhumains fait partie des droits consacrant «l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe»²⁹², d'où le caractère particulier associé à sa violation par la Cour.

Toutefois, avant d'élaborer sur les modifications jurisprudentielles opérées par la Cour, il est nécessaire de souligner la distinction faite par la Cour entre la qualification d'un acte de «torture» et celle de «traitement inhumain». L'objectif de cette différenciation était de «marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances»²⁹³. La torture rajoute donc un critère de gravité et un caractère délibéré à un traitement qualifié d'inhumain ou de dégradant²⁹⁴. *A contrario*, un acte n'étant pas intentionnel ou

²⁹² *Makaratzis c. Grèce* [GC], n°50385/99 [2004], XI CEDH 694, 41 EHRR 49, au para. 56.

²⁹³ *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92 [2000], VIII CEDH 366, au para. 93.

²⁹⁴ Aisling Reidy, «L'Interdiction de la torture», *Conseil de l'Europe*, en ligne : <<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-FR-HRHAND-06%282003%29.pdf>>, aux pp.11 à 13.

n'ayant pas un degré d'intensité jugé suffisant sera qualifié de traitement inhumain²⁹⁵. À cet effet, la Commission définira le traitement inhumain comme «un traitement de nature à provoquer intentionnellement de graves souffrances mentales ou physiques qui ne peuvent pas être justifiées»²⁹⁶.

Les définitions susmentionnées présentent des balises plutôt claires afin de guider la Cour dans la qualification d'actes correspondant au volet matériel de l'article 3 de la Convention. La Cour privilégiera cependant une interprétation différente dans deux affaires distinctes : *Tarakhel c. Suisse*²⁹⁷ et *Korobov c. Ukraine*²⁹⁸.

L'affaire *Tarakhel c. Suisse* concerne le renvoi en Italie de demandeurs d'asiles s'étant rendus subséquentement en Suisse, en conformité avec le règlement Dublin II. En vertu de ce dernier, l'examen d'une demande d'asile doit être fait par l'État où les données biométriques du demandeur ont été enregistrées, lors de son arrivée en Europe. Le règlement Dublin II prévoit le transfert physique du demandeur vers l'État en question. En l'espèce, le requérant et sa famille ont été enregistrés en Italie, qu'ils quitteront illégalement afin de se rendre en Autriche, puis en Suisse, afin de déposer une demande d'asile. Suite à la demande de prise en charge à l'Italie par la Suisse, une requête sera déposée devant la Cour européenne, les requérants alléguant que «'sans garantie individuelle de prise en charge', ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant lié à l'existence de 'défaillances systémiques' dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays»²⁹⁹. La Cour va reconnaître qu'en l'absence de cette garantie de la part de l'Italie, visant à assurer la

²⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 15.

²⁹⁶ *Ibid.*, à la p. 11.

²⁹⁷ *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12 [2014], CEDH 1185.

²⁹⁸ *Korobov v. Ukraine*, n°39598/03[2011], CEDH 1180.

²⁹⁹ *Ibid.*, au para. 53.

«préservation de l'unité familiale» et à adapter la prise en charge à la situation spécifique des enfants, la Suisse violerait ses obligations en vertu de l'article 3³⁰⁰.

Il s'agit d'un changement jurisprudentiel puisque la Cour avait largement tendance à rejeter les requêtes similaires³⁰¹ en arguant l'inexistence de défaillances systémiques et la possibilité pour les requérants de bénéficier d'un «soutien adéquat»³⁰². De plus, ce constat de la Cour s'inscrit en contradiction avec l'affaire *Soering c. Grande-Bretagne* puisque l'extradition des requérants n'entraîne pas un risque réel de torture ou de traitements inhumains. Le seuil visant à qualifier un acte de traitement inhumain est donc véritablement réduit suite à l'affaire *Tarakhel c. Suisse*. Cette situation a pour conséquence d'élargir la compétence matérielle de la Cour puisqu'en interprétant les obligations relatives à l'interdiction des traitements inhumains de manière plus large, la Cour se trouve à analyser des affaires traditionnellement irrecevables *ratione materiae*.

L'affaire *Korobov c. Ukraine* est relative à l'allégation de mauvais traitements par la police lors de la détention préventive du requérant. L'examen médical a révélé des blessures au dos, à la poitrine ainsi que des dommages aux reins³⁰³, qui ont entraîné des effets post-traumatiques chez le requérant³⁰⁴. En l'absence d'explications sur l'utilisation de «techniques d'arts martiaux» sur le requérant et la possibilité que se soient poursuivis ces mêmes traitements lors de son incarcération, la Cour conclut que ce qu'a subi le requérant ne constituait pas un traitement inhumain ou dégradant, mais bien de la torture³⁰⁵.

³⁰⁰ *Ibid*, au para. 122.

³⁰¹ Voir l'opinion en partie dissidente commune aux juges Casadevall, Berro-Lefèvre et Jäderblom, contenue dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, *supra* note 297.

³⁰² *Ibid*.

³⁰³ *Korobov v. Ukraine*, *supra* note 298, au para. 16.

³⁰⁴ *Ibid*, au para. 71.

³⁰⁵ *Ibid*, au para. 73.

Dans cette affaire, la Cour s'éloigne des critères traditionnels pour déterminer s'il y avait torture en l'espèce puisque, même si elle a analysé le degré de gravité des blessures du requérant, elle n'a pas réalisé un examen exhaustif des intentions des policiers. Ainsi, en éludant cet aspect, le raisonnement de la Cour se trouve en contradiction avec plusieurs autres affaires relatives à des allégations de torture³⁰⁶. En effet, pour déterminer si des mauvais traitements infligés aux requérants pouvaient être qualifiés de torture, la Cour a eu tendance à analyser de manière conjointe les critères relatifs au degré de gravité des souffrances ainsi que l'intention des agents de l'État³⁰⁷. De surcroît, l'affaire *Korobov c. Ukraine* consiste en un changement jurisprudentiel important puisque, jusqu'à cette affaire, la Cour avait jugé qu'en l'absence d'intention d'obtenir des aveux, les violences commises par les policiers ne pouvaient constituer un acte de torture en vertu de l'article 3³⁰⁸.

Afin de procéder à un élargissement de la définition de la torture, la Cour a recours à une interprétation évolutive fondée sur l'importance de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans une société démocratique. À cet effet, la Cour a déclaré que

certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in the future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies³⁰⁹.

³⁰⁶ *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93 [2000] VII CEDH 354, 34 EHRR 36, au para. 85; *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05 [2010], CEDH 759, 52 EHRR 1, au para. 90; *El-Masri c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09 [2012] CEDH 2067, 57 EHRR 25, au para. 197.

³⁰⁷ *El-Masri c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, *supra* note 301, aux para. 205-211; *Bati et autres c. Turquie*, n° 33097/96 [2004], IV CEDH 246, aux para. 100 et 122-124; *Abdülşamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96 [2004], CEDH 572, 40 EHRR 49, aux para. 19-20.

³⁰⁸ *Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99 [2004], CEDH 458, 41 EHRR 50, au para. 53. (Disponible uniquement en anglais)

³⁰⁹ *Ibid.*, au para. 73.

4.2 L'Élargissement de la compétence de la Cour par l'introduction de catégories autres que celles prévues par la Convention : l'intégration de l'interdiction de la traite de personnes par la Cour

En plus de l'élargissement de la compétence matérielle de la Convention par un changement dans la manière d'interpréter les faits qui lui ont été présentés, la Cour a aussi modifié le spectre des droits protégés par la Convention en créant de nouvelles normes juridiques. Par le biais de l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*³¹⁰, la Cour intègre l'interdiction de la traite de personnes aux dispositions prévues à l'article 4 de la Convention.

L'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie* fait suite au décès d'Oxana Rantseva, citoyenne russe, dans des circonstances suspectes. Rantseva était entrée sur le territoire chypriote avec un visa d'artiste dans le but de travailler dans un cabaret. Elle décidera de quitter son emploi pour retourner en Russie, mais sera retrouvée par le tenancier du cabaret, qui l'amènera au poste de police afin de la faire expulser de Chypre pour non-respect de son contrat de travail. Les autorités policières ont refusé la détention et ont appelé le tenancier pour qu'il récupère Rantseva. Elle sera retrouvée morte quelques heures plus tard, après ce qui apparaît comme une tentative d'évasion.

Dans cette affaire, la Cour conclut, entre autres, à une violation de l'article 4, même si elle indique qu'il n'est pas fait mention de la traite dans cette disposition, qui interdit l'«esclavage», «la servitude» et le «travail forcé ou obligatoire»³¹¹. Ainsi, la Cour va procéder à un élargissement de sa compétence matérielle en concluant «purement et

³¹⁰ *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04 [2010], CEDH 22, 51 EHRR1.

³¹¹ *Ibid.*, au para. 252.

simplement qu'en elle-même, la traite d'êtres humains relève de la portée de l'article 4 de la Convention»³¹². La Cour n'a toutefois pas jugé nécessaire d'analyser les critères constitutifs de la traite afin de déterminer si la situation en l'espèce pouvait véritablement être qualifiée de traite de personnes. De surcroît, la Cour procède à un assouplissement du test *Osman*³¹³, qui détermine si la responsabilité de l'État peut être engagée lorsque des mesures positives devant être prises ne l'ont pas été. Conséquemment, c'est l'ensemble du raisonnement de la Cour dans cette affaire s'est bâti en l'absence de justification exhaustive de sa part.

5. L'élargissement de la compétence de la Cour comme reflet du lien existant entre le statut hégémonique de l'institution et son caractère légitime

Cette évolution de la compétence, illustrée dans les sections précédentes, a été rendue possible par un regard interprétatif téléologique et, plus spécifiquement, par une interprétation évolutive ou dynamique de la Convention, ainsi que par le recours à la doctrine de l'effet utile. Les modifications à la compétence de la Cour ne découlent donc généralement pas d'un consensus européen, mais relèvent plutôt d'un choix prétorien fondé sur une volonté de développement des droits protégés³¹⁴ ou de «donner un sens utile à ladite notion»³¹⁵. Les jugements rendus par la Cour ont eu pour conséquence une modification en termes d'applicabilité des droits³¹⁶ ou encore un élargissement de leur contenu³¹⁷, ce qui a poussé certains auteurs à qualifier les activités de la Cour d'«activisme juridique»³¹⁸.

³¹² *Ibid.*, au para. 282.

³¹³ *Osman c. Royaume-Uni* (1998), VII CEDH 101, 29 EHRR 245.

³¹⁴ Frédéric Sudre, « À Propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme » *La Semaine Juridique* n° 28 (2001), à la p. 2.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*, à la p. 5.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Alastair Mowbray, « The Creativity of the European Court of Human Rights » (2005) 5 : 1 *Hum Rights Law Rev* 57.

Dans cette dernière section, nous aimerions démontrer l'existence d'un lien organique entre le statut de l'institution et l'élargissement de sa compétence. Plus spécifiquement, l'hégémonie qui caractérise la Cour, ainsi que la perception de la légitimité qui en découle, ont entraîné une modification de sa compétence au fil du temps. En contrepartie, cet élargissement consolide la légitimité de l'institution et, par extension, son caractère hégémonique.

5.1 Les arrêts rendus par la Cour comme moyen de consolider à la fois la légitimité constitutive et le statut hégémonique de la Cour

D'une part, nous soutenons que la légitimité constitutive de l'institution a permis l'extension de l'espace régi par la Convention. Le chapitre premier de ce mémoire nous a permis d'affirmer que la légitimité constitutive de la Cour découlait en partie des objectifs associés à son instauration.

En effet, en se posant comme garante des droits protégés par la Convention, la Cour participe à la fois à la sauvegarde et au développement des droits et, par extension, de la démocratie en Europe. Les arrêts rendus par la Cour consolident les fondements politiques de l'institution et, par extension, contribuent à la justification de sa légitimité constitutive. Plus spécifiquement, l'interprétation téléologique de la Convention a permis le développement le spectre des droits protégés ainsi que l'extension de la compétence générale de la Cour, tel que démontré précédemment. Pour Christakis, «cette convention sexagénaire [a été mise] en phase avec son époque, en favorisant une interprétation large des droits et libertés individuels»³¹⁹.

³¹⁹ T. Christakis, «Interprétation évolutive ou confusion jurisprudentielle ? Le risque de dilution de la notion de « droit » par le recours à la « marge nationale d'appréciation » dans l'arrêt Schalk and Kopf c. Autriche du 24 juin 2010 de la CEDH», *Centre d'études sur la sécurité internationale et les coopérations européennes*, en ligne : < <http://cesice.upmf-grenoble.fr/manifestations/interpretation-evolutive-ou-confusion-jurisprudentielle-le-risque-de-dilution-de-la-notion-de-droit-par-le-recours-a-la-marge-nationale-d-appreciation-dans-l-arret-schalk-and-kopf-c-autriche-du-24-juin-2010-de-la-cedh-par-t-christakis-106362.htm> >

L'interprétation téléologique de la Convention par la Cour présente cependant un caractère discrétionnaire³²⁰. En effet, les termes utilisés par la Cour dans ses arrêts ont pour effet de créer une signification au droit contenu dans la Convention, à savoir ce à quoi il fait référence, tout en posant des balises quant à ses limites. Pour Greer, «le libellé abstrait et général du texte ainsi que le besoin d'interprétation du sens et de l'objectif globaux de la Convention rendent inévitable l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire [...] par la Cour»³²¹. C'est pourquoi, malgré des avancées marquées en termes de renforcement de la protection des justiciables, cette conduite de la Cour peut susciter un incertain inconfort.

Le fait que la Cour repousse constamment les limites relatives à l'applicabilité des droits entraîne à la fois une reconstruction du droit et, par conséquent, une redéfinition des obligations des États afin d'assurer une protection effective des droits garantis par la Convention³²². Comme le soutient Voeten, «ECtHR judges are politically motivated actors in the sense that they have policy preferences on how to best apply abstract human rights in concrete cases»³²³. La détermination des priorités est laissée à la discrétion de l'institution; elle se trouve cependant influencée par certains préjugés disciplinaires et aura nécessairement tendance à les diffuser par le biais de ses actions. Pour reprendre les termes de Koskeniemi, les droits humains sont une construction législative résultant des priorités politiques d'une institution³²⁴. Ces priorités ainsi que les valeurs produites seront ensuite acceptées, internalisées et diffusées par les sujets étant liés par l'institution³²⁵.

³²⁰ Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publ, 2000, à la p.15.

³²¹ *Ibid.*

³²² *Ibid.*, aux pp. 15-20.

³²³ Erik Voeten, « The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights » (2008) 102 : 04 Am Polit Sci Rev, à la p. 420.

³²⁴ Koskeniemi, « International Law and Hegemony », *supra* note 9, à la p.208.

³²⁵ Lears, « The Concept of Cultural Hegemony », *supra* note 33, à la p. 574.

La situation décrite ci-haut se trouve davantage accentuée lorsque l'institution en question présente un caractère hégémonique, soit la position dans laquelle se trouve la Cour. Ainsi, par le biais de ses jugements, la Cour véhicule trois préjugés inhérents à l'institution, à savoir l'importance de la démocratie et de l'unité européenne³²⁶ ainsi que la promotion de la prééminence du droit³²⁷. Ces concepts, contenus dans le préambule de la Convention, ont été élevés en principes directeurs par la Cour : ils guident son interprétation et ont une influence sur ses jugements. Par conséquent, la construction législative qu'est l'interprétation des droits contenus dans la Convention, est le résultat des préjugés institutionnels intégrés par la Cour. Leur adoption justifie l'élargissement de sa compétence.

5.2 Le caractère effectif de l'institution par les jugements prétoriens comme renforçant le caractère hégémonique et légitime de la Cour

Nous postulons que la légitimité constitutive évoquée précédemment permet à la Cour l'extension de sa compétence et que cet élargissement a pour conséquence la consolidation de la légitimité performative de l'institution. Pour le Président Spielmann, ceci joue un rôle dans l'adaptation de la Convention «aux nouveaux défis engendrés par le développement complexe des sociétés européennes [...] [en donnant] un relief contemporain aux droits consacrés par la [C]onvention et ses protocoles»³²⁸.

³²⁶ Greer, *The Margin of Appreciation*, *supra* note 320, à la p. 20.

³²⁷ Préambule de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 4.

³²⁸ Dean Spielmann in Nicolas Hervieu, Cour européenne des droits de l'homme : Elections, renouvellement(s) et pages tournées au sein de la Cour *La Revue des Droits de l'Homme* (2012), en ligne : <<http://revdh.org/2012/09/10/renouvellements-et-pages-tournees-au-sein-de-la-cour-edh/>>.

Les sections précédentes montrent la complexité quant à la qualification du contenu ainsi que des limites relatives à l'application des droits: malgré l'absence d'amendement visant à modifier textuellement le contenu des droits protégés par la Convention, ceux-ci ont été amenés à changer par l'interprétation qu'en a faite la Cour.

Cependant, la modification de la compétence de la Cour suscite des inquiétudes au plan de la sécurité juridique, notamment en ce qui concerne l'intelligibilité et la prévisibilité³²⁹ des jugements. Le droit découlant de la Convention repose sur des concepts autonomes et donc sur l'interprétation de la Cour. Cependant, pour reprendre les termes de Caro, Nespoulos et Sirinelli, «chaque État, par-delà ses traditions juridiques, doit appliquer [ce droit]. Comprendre ces normes, mais surtout pouvoir anticiper les interprétations futures de la Cour, est indispensable»³³⁰. Ce manque d'intelligibilité affecte la prévisibilité des jugements puisque ni les États ni les justiciables ne peuvent prédire l'étendue des droits et des obligations. Conséquemment, la manière dont les droits sont interprétés par la Cour ainsi que l'incertitude quant à sa jurisprudence affectent la sécurité juridique du régime européen de protection des droits.

Cette situation d'insécurité juridique a, d'une part, contribué à engorger le prétoire, la Cour étant «assaillie de requêtes inadaptées qu'elle doit filtrer au prix d'un lourd travail»³³¹. D'autre part, cette insécurité juridique contribue à la création de pôles de contestation parmi les États contractants, la figure-phare de cette contestation étant le Royaume-Uni³³². La Cour a été accusée d'être un «porte-étendard international du

³²⁹ Julie Caro, Isis Nespoulos et Anne-Sophie Sirinelli, «L'Interprétation du champ d'application de l'article 6§1 à l'aune de la sécurité juridique», *supra* note 216, à la p.11.

³³⁰ *Ibid*, à la p. 16.

³³¹ *Ibid*, à la p. 18.

³³² Robert Spano, «Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity» (2014) 14 : 3 Hum Rights Law Rev., à la p. 489.

droit crée par les juges [traduction libre]»³³³ ou encore d'être «coupable d'impérialisme droit-de-l'homme [traduction libre]»³³⁴, dû à une marge d'appréciation des États considérée comme trop réduite et à l'interprétation téléologique (et non textuelle) de la Convention par la Cour³³⁵.

Ainsi, même si la Cour est une institution hégémonique, tel qu'il a été démontré dans la première partie de ce mémoire, celle-ci n'est pas immune à la critique. Selon Lears, «hegemony is a process of continuous creation, which, given its massive scale, is bound to be uneven in the degree of legitimacy it commands and to leave some room for antagonistic cultural expressions to develop»³³⁶. Plus spécifiquement, cette contestation hégémonique se manifeste par la critique du contenu des jugements de la Cour. Il n'y a qu'à penser aux affaires *Hirst et Greens et M.T.*, qui ont suscité une vague de contestation au Royaume-Uni. Cependant, le statut hégémonique d'une institution entraîne la qualification de ces perceptions comme étant marginales³³⁷. C'est ce que l'on peut observer dans le cas de la Cour, la critique étant limitée à un nombre restreint d'États ou à certains sujets, dont la demande de modifications législatives ou constitutionnelles par la Cour.

Toutefois, l'élargissement de la compétence de la Cour, considérant la stabilité de l'institution, a consolidé la légitimité performative de l'institution, malgré la situation d'insécurité juridique susmentionnée. Le fait que certains jugements rendus par la Cour ne sont pas textuellement conformes aux dispositions contenues dans la Convention aurait pu, au plan théorique du moins, miner la légitimité de l'institution puisque la Cour s'éloigne de la conception initiale de la Convention et, par extension, de la volonté des États. C'est cependant l'opposé qui s'est produit : la

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Lears, « The Concept of Cultural Hegemony », *supra* note 33, à la p. 571.

³³⁷ *Ibid.*, à la p. 572.

légitimité de la Cour a été renforcée en ce qui a trait à sa dimension performative puisqu'elle accroît l'effectivité de la protection des droits garantis par la Convention, tel qu'illustré dans le chapitre premier. Cette perception d'effectivité de l'institution est accentuée par le caractère hégémonique de la Cour.

La Cour affirme que l'interprétation des droits protégés doit être compatible avec «l'esprit général [de la Convention], destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique»³³⁸, ce qui est garant de la légitimité des jugements rendus. Cet «esprit général» renvoie au préambule de la Convention, qui contient deux termes («sauvegarde» et «développement») au fondement de l'interprétation de la Convention faite par la Cour. Selon Tulkens, le terme «sauvegarde» fait référence à la nécessité de garantir l'effectivité des droits contenus dans la Convention conjointement avec l'évolution de la société européenne³³⁹. La conceptualisation du «développement», quant à elle, permet d'élargir la portée des droits garantis en octroyant à la Cour un espace lui permettant d'innover³⁴⁰. À cet effet, Tulkens indique que les arrêts rendus par la Cour consistent en un «[f]idèle reflet des préoccupations qui existent dans la société»³⁴¹. C'est précisément cette «audace clairvoyante»³⁴² de la part de l'institution qui a entraîné la formulation de jugements aussi avant-gardistes, ayant pour conséquence l'élargissement de l'espace où la Convention déploie ses effets.

³³⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, *supra* note 2, au para. 53.

³³⁹ Françoise Tulkens, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis » (2014) 98 *Rev Trim Dr H.*, à la p. 336.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*, à la p. 339.

CONCLUSION

La protection des droits fondamentaux en Europe s'est développée de concert avec l'élargissement de la compétence de la Cour européenne. Tel qu'illustré dans le précédent chapitre, cet élargissement de la compétence de la Cour s'est réalisé avec un consentement généralisé, à la fois chez les États parties à la Convention qu'au sein de la société civile. L'hypothèse soutenue dans le cadre de ce projet de recherche afin de justifier ce consentement est que les actions de la Cour s'inscrivent dans une dynamique hégémonique. Ce caractère hégémonique permet à la Cour non seulement de maintenir sa légitimité face au processus d'élargissement de sa compétence, mais aussi de la consolider. La réflexion mise de l'avant est que la situation susmentionnée a contribué au renforcement de l'effectivité de l'institution dû à la sauvegarde et au développement des droits contenus dans la Convention.

Nous avons proposé une démarche en trois temps afin de valider notre hypothèse de recherche. Après avoir défini le concept d'hégémonie, nous l'avons appliqué au cas étudié en l'espèce afin de mettre en lumière le rôle de la Cour européenne dans l'internalisation, la diffusion et la reproduction des normes juridiques. Nous avons ensuite postulé qu'afin de maintenir son caractère hégémonique, une institution doit être considérée comme légitime par ses sujets. Plus spécifiquement en ce qui concerne la Cour, la perception de sa légitimité a été renforcée par son effectivité en termes de protection des droits. Nous avons conclu la démonstration en proposant l'idée selon laquelle l'élargissement de la compétence de la Cour découle de l'existence d'un lien organique entre les concepts d'hégémonie et de légitimité. Dû à son caractère hégémonique, la Cour, par le biais de ses jugements, diffuse des préjugés associés aux institutions chargées de la protection des droits humains. Ceux-ci suscitent un consentement chez les États parties, tout en contribuant à l'effectivité de l'institution et, par extension, au renforcement de la perception de sa légitimité.

En participant à la création de référents ontologiques spécifiques par son caractère hégémonique, la Cour instaure un ordre social cohérent, véhiculant des valeurs et principes idéologiques déterminés. Ceux-ci seront ensuite internalisés par les acteurs, entraînant l'intégration des comportements attendus. Ainsi, le droit créé par les arrêts de la Cour balise le processus décisionnel ainsi que les actions³⁴³ des États parties.

Toutefois, en élargissant sa compétence par le biais de l'élaboration de ses propres standards en termes de droits humains, les actions de la Cour peuvent être considérées comme un glissement vers le développement d'une «politique législative»³⁴⁴. Selon Sudre, «[d]ès lors que le dynamisme interprétatif du juge européen ne prend pas appui, du moins formellement, sur la convergence des droits internes, on est conduit nécessairement à s'interroger sur l'autorité de la jurisprudence européenne»³⁴⁵. Ceci concerne principalement les affaires s'inscrivant au cœur d'un élargissement des droits protégés par la Convention ou encore des obligations des États, mais dont la motivation des arrêts est, somme toute, peu étayée. Ainsi, lorsque la Cour procède par simple affirmation pour intégrer une nouvelle catégorie de droits à la charge des États, comme dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, ceci peut porter à concevoir le prétoire comme étant engagé dans une politique législative.

Ainsi, même si la Cour est perçue comme la référence en matière de droits humains sur le continent européen et ce, à la fois en termes de sauvegarde que de développement, il n'en est pas moins que la contestation, même si elle est limitée géographiquement, semble plus importante. Celle-ci revêt deux formes, directe et indirecte.

³⁴³ Přibáň, « Beyond Procedural Legitimation », *supra* note 105, à la p. 336.

³⁴⁴ Sudre, « À Propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *supra* note 314, à la p. 5.

³⁴⁵ *Ibid.*

D'une part, la contestation directe de la Cour implique une dénonciation publique de la Cour et de ses activités. Plusieurs membres du Parlement britannique ont ainsi usé de leur statut afin de s'opposer publiquement à la Cour en statuant sur la nécessité pour le Royaume-Uni de se retirer de sa juridiction par le biais de la dénonciation de la Convention³⁴⁶. Ceci étant justifié par la perte d'«acceptabilité démocratique» de l'institution. Un discours similaire a aussi émané de certains juges britanniques, la critique étant principalement axée sur l'atteinte grandissante de la Cour face à la souveraineté des États parties. À cet égard, certains juges ont affirmé que leur seule obligation est de prendre en considération les jugements rendus par la Cour, sans nécessairement être liés par ceux-ci³⁴⁷. D'autres considèrent que les jugements rendus par la Cour sont une atteinte directe à la démocratie puisque ce sont «les juges [de Strasbourg], plutôt que le Parlement qui déterminent le droit britannique et que la souveraineté parlementaire ne devrait pas être cédée à une cour étrangère»³⁴⁸.

La contestation de la Cour est même devenue un enjeu électoral un peu plus tôt au cours de l'année. C'est pour cette raison que, peu après sa réélection, David Cameron a déclaré vouloir rendre caduque le Human Rights Act, qui met en œuvre la Convention en droit interne britannique :

We will scrap the Human Rights Act, and, with a new British Bill of Rights, we'll restore common sense to our legal system. For me, it's simple. It's about making sure the British Parliament is accountable to the British people and British judges make decisions in British courts³⁴⁹.

³⁴⁶ Jon Henley, « Why Is the European Court of Human Rights Hated by the UK Right? », *The Guardian*, 22 décembre 2013, en ligne : <<http://www.theguardian.com/law/2013/dec/22/britain-european-court-human-rights>>.

³⁴⁷ Jessica Elgot, « British Judges Not Bound by European Court of Human Rights, Says Leveson », *The Guardian*, 24 mai 2015, en ligne : <<http://www.theguardian.com/law/2015/may/24/british-courts-echr-leveson>>.

³⁴⁸ Jon Henley, « Why Is the European Court of Human Rights Hated by the UK Right? » *supra* note 341.

³⁴⁹ David Cameron, « Why I'm determined to scrap the Human Rights Act », en ligne : Sun Nation <<http://www.sunnation.co.uk/david-cameron-why-im-determined-to-scrap-the-human-rights-act/>>.

D'autre part, la critique de la Cour s'articule aussi par la non-exécution des jugements rendus par l'institution. À cet égard, la Russie réduit de manière importante l'effet des jugements de la Cour en limitant leur portée au paiement de réparations aux victimes. Ainsi, lorsque les jugements nécessitent un changement législatif ou la prise de mesures plus générales afin de remédier à la violation, l'État s'est montré plutôt réticent à mettre en œuvre les arrêts rendus par la Cour. Cette situation est particulièrement flagrante dans des affaires concernant la Tchétchénie et l'Ingouchie ou concernant des cas de «torture, de disparitions forcées, de traitements inhumains ou dégradants, où la Russie n'a pris aucune mesure effective afin de prévenir de telles violations dans le futur [traduction libre]»³⁵⁰.

Suite à la lecture des paragraphes précédents, deux questions émergent: l'interprétation généreuse de la Convention par la Cour peut-elle mener à un effondrement de la légitimité de l'institution? Par extension, assistons-nous à la fin de l'«âge d'or» d'un régime européen de protection des droits dû à la volonté de retrait de certains États parties? Notre raisonnement, quoique embryonnaire, face à ces deux nouvelles questions de recherche s'inscrit en continuité avec ce qui a été soutenu dans le cadre de ce projet.

Même si la Cour est contestée en tant qu'institution, les préjugés institutionnels qu'elle a internalisés et qu'elle diffuse ne le sont pas. L'objectif d'une institution hégémonique est d'assurer la transmission d'un contenu idéologique spécifique³⁵¹. Pour Emerson, ceci implique que «la subjectivité ne peut être pensée à l'extérieur de l'institution hégémonique, mais aussi que l'hégémonie construit la réalité qu'elle

³⁵⁰ ECHR and Promotion of the Rule of Law in Russia: Russia's compliance with ECHR judgments, en ligne : <<http://echrrussia.blogspot.ca/2011/09/russias-compliance-with-echr-judgments.html>>.

³⁵¹ Maglaras, « Consent and Submission: Aspects of Gramsci's Theory of the Political and Civil Society », *supra* note 39.

cherche à décrire. L'hégémonie devient le politique [traduction libre]³⁵². Ainsi, le régime des droits humains demeure au cœur des possibilités d'émancipation : les projets à vocation émancipatoire doivent adopter le vocabulaire des droits humains pour jouir d'une certaine légitimité³⁵³.

En l'absence de système alternatif crédible, le système européen de protection des droits demeure hégémonique et ce, même si sa «force» hégémonique peut varier dans le temps. Pour reprendre l'idée exprimée par Lears, «hegemony is a process of continuous creation, which given its massive scale, is bound to be uneven in the degree of legitimacy it commands and to leave some room for antagonistic cultural expressions to develop»³⁵⁴. Ces modes d'expression de la critique présentent cependant une caractéristique commune, à savoir la préservation de la structure hégémonique. À cet effet, Litowitz a affirmé que «les racines du système ne peuvent être contestées»³⁵⁵.

À première vue, la situation du système européen de protection européen nous semble assez différente de celle sur le continent américain. En effet, même si la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est engagée dans un processus similaire à celui de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'élargissement de sa compétence par le biais du développement jurisprudentiel et d'une interprétation dynamique de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, la réaction des États a été passablement différente. Le travail de la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'inscrit dans un contexte totalement différent puisque les institutions chargées de la protection des droits «jouissent d'une présomption

³⁵² R. Guy Emerson, « Post-Hegemony and Gramsci: a Bridge Too Far? » (2013) 19 : 4 Contemp Polit 427, à la p. 429.

³⁵³ David Kennedy, « International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15 Harv Hum Rights J, à la p. 108.

³⁵⁴ Lears, « The Concept of Cultural Hegemony », *supra* note 32, la p.571.

³⁵⁵ Litowitz, « Gramsci, hegemony, and the law », *supra* note 7, à la p. 549.

d'illégitimité [...] dans l'imaginaire des États latino-américains»³⁵⁶. Cette perception d'illégitimité et l'absence d'un statut hégémonique pourrait être une piste visant à expliquer la juridiction partielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le continent américain et, plus récemment, le retrait du Venezuela à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme en 2013³⁵⁷.

³⁵⁶ Cyprien Bassamagne Mougnot, «La difficile universalisation du système interaméricain de protection des droits de la personne», *Centre d'études interaméricaines* (2013), en ligne : <http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_cbm_cidh_dec2013.pdf>, à la p. 1.

³⁵⁷ Nicolas Boeglin, *Le Retrait du Venezuela de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme* Centre d'études interaméricaines, en ligne : <http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/article._nicolas_boeglin_venezuela.pdf>.

BIBLIOGRAPHIE

1. Doctrine

Aspremont, Jean d', et Eric De Brabandere, « Complementary Faces of Legitimacy in International Law: The Legitimacy of Origin and the Legitimacy of Exercise, The » (2010) 34 Fordham Intl LJ.

Bachand, Rémi, « La critique en droit international : Réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » 19 Rev. Québécoise Droit Int.

Barkhuysen, Tom, et Michiel Van Emmerik, « Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects », *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*.

Bassamagne Mougnot, Cyprien. La difficile universalisation du système interaméricain de protection des droits de la personne *Centre d'études interaméricaines* 2013 en ligne : <http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_cbm_cidh_de c2013.pdf>.

Beddard, Ralph, *Human Rights and Europe: A Study of the Machinery of Human Rights Protection of the Council of Europe*, 2^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1980.

Boothman, Derek, « The Sources for Gramsci's Concept of Hegemony » (2008) 20 : 2 Rethink. Marx.

Buckel, Sonja, et Andreas Fischer-Lescano, « Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law » (2009) 22 : 03 Leiden J. Int. Law.

Buerghenthal, Thomas, Dinah Shelton, et David Stewart, *Buerghenthal, Shelton, and Stewart's International Human Rights in a Nutshell*, 4th, 4^e édition, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2009.

Buttigieg, Joseph A., « Gramsci on Civil Society » (1995) 22 : 3 Bound. 2.

- Caflisch, Lucius, « The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond » (2006) 6 : 2 Hum. Rights Law Rev.
- Çalı, Başak, Anne Koch, et Nicola Bruch, « The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights » (2013) 35 : 4 Hum. Rights Q.
- Cameron, Iain, « Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court? » (1995) 15 : 1 Yearb. Eur. Law.
- Carnoy, Martin, *The State and Political Theory*, 1st edition, Princeton, Princeton University Press, 1984.
- Charlesworth, Hilary, et Jean-Marc Coicaud, dir, *Fault Lines of International Legitimacy*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Cox, Robert W., « Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory » (1981) 10 Millenium J Intl Stud.
- Cutler, A. Claire, « Gramsci, Law, and the Culture of Global Capitalism » (2005) 8 : 4 Crit. Rev. Int. Soc. Polit. Philos.
- Eagleton, Terry, *Ideology: An Introduction*, New York, Verso, 1991.
- Emerson, R. Guy, « Post-hegemony and Gramsci: a bridge too far? » (2013) 19 : 4 Contemp. Polit.
- Eudes, Marina, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (F.M.D.H.), Paris, Pedone, 2005.
- Femia, Joseph, *Gramsci's political thought: Hegemony, Consciousness, and the Revolutionary Process*, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1981.
- Fontana, Benedetto, « Liberty and Domination: Civil Society in Gramsci » (2006) 33 : 2 Bound. 2.

- Fontana, Benedetto, « The Democratic Philosopher: Rhetoric as Hegemony in Gramsci » (2005) 23 : 1 Ital. Cult.
- Forsythe, David P., *Encyclopedia of Human Rights: Vol. 1-*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Franck, Thomas M., « Why a Quest for Legitimacy » (1987) 21 UC Davis Rev.
- Gill, Stephen, dir, *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 1993
- Gramsci, Antonio, *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, trad par Smith, Geoffrey N., et Quintin Hoare, New York, International Publishers, 1971.
- Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human rights files, 17, Strasbourg, Council of Europe Publ, 2000.
- Greer, S., et L. Wildhaber, « Revisiting the Debate about “Constitutionalising” the European Court of Human Rights » (2012) 12 : 4 Hum. Rights Law Rev.
- Grossman, Nienke, « Legitimacy and International Adjudicative Bodies » (2009) 41 George Wash. Int. Law Rev.
- Gruppi, Luciano, *The Concept of Hegemony in Gramsci*, Athènes, Themelio, 1972.
- Habermas, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975.
- Harris, David et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2e édition, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009.
- Helfer, Laurence R., et Anne-Marie Slaughter, « Toward a theory of effective supranational adjudication » (1997) Yale Law J.
- Henley, Jon, « Why Is the European Court of Human Rights Hated by the UK Right? », *The Guardian*, 22 décembre 2013.

- Hennette-Vauchez, Stéphanie et Jean-Marc Sorel (dir), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- Hioureas, Christina G., « Behind the Scenes of Protocol no. 14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights » (2006) 24 Berkeley J Intl L.
- Janis, Mark W., Richard S. Kay, et Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, 2008.
- Jehan, Aude, *La culture au sein de l'Union européenne : objet politique non identifié?*, Master, Institut Européen de l'Université de Genève, 2007 [non publiée].
- Kaspi, André, et Jean-Baptiste Duroselle, *Histoire des relations internationales : Tome 2, De 1945 à nos jours*, 15e édition revue et augmentée, Armand Colin, 2009.
- Kennedy, David, « International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15 Harv. Hum. Rights J.
- Kennedy, Duncan, « Antonio Gramsci and the Legal System » (1982) 6 ASLA Forum.
- Koskenniemi, Martti, « International law and hegemony: a reconfiguration » (2004) 17 : 2 Camb. Rev. Int. Aff.
- Lambert, Elisabeth, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- Lears, T. J. Jackson, « The Concept of Cultural Hegemony: Problems and Possibilities » (1985) 90 : 3 Am. Hist. Rev.
- Litowitz, Douglas, « Gramsci, Hegemony, and the Law » (2000) BYU Rev.
- Luhmann, Niklas, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.

- Luhmann, Niklas, *Social Systems*, Palo Alto, Stanford University Press, 1995.
- Maglaras, Vasilis, « Consent and Submission : Aspects of Gramsci's Theory of the Political and Civil Society » (2013) 3 : 1 SAGE Open.
- Mahoney, Paul, et Rolv Ryssdal, *Protection Des Droits de L'homme: La Perspective Européenne*, Köln, Heymann, 2000.
- Maturana, H. R., et F. J. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Berlin, Springer Science & Business Media, 1980.
- Merrills, J. G., et A. H. Robertson, *Human Rights In Europe 4th Edition*, 4 edition, New York : Manchester, UK, Juris Publishing, Inc., 2001.
- Mouffe, Chantal, *Gramsci and Marxist Theory (RLE: Gramsci)*, Londres, Routledge, 2014.
- Mowbray, Alastair, « The Creativity of the European Court of Human Rights » (2005) 5 : 1 Hum. Rights Law Rev.
- Příbáň, Jiří, « Beyond Procedural Legitimation: Legality and Its 'Infictions' » (1997) 24 : 3 J. Law Soc.
- Radaelli, Claudio Maria, « Europeanisation: Solution or problem? » (2004) 8 : 16 Eur. Integr. Online Pap.
- Rapkin, David P., et Dan Braaten, « Conceptualising Hegemonic Legitimacy » (2009) 35 : 01 Rev. Int. Stud.
- Renucci, Jean-François, *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg.
- Robertson, A. H., *Human Rights In Europe*, Manchester, Manchester University Press, 1963.

- Ryssdal, Rolv, « Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights » (1996) 1 Eur. Hum. Rights Law Rev.
- Shear, Boone W., « Gramsci, Intellectuals, and Academic Practice Today » (2008) 20 : 1 Rethink. Marx.
- Spano, Robert, « Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity » (2014) 14 : 3 Hum. Rights Law Rev.
- Stone Sweet, Alec, « On the constitutionalisation of the convention: the European Court of Human Rights as a constitutional court » (2009) 80 Rev. Trimest. Droits L'homme.
- Tasioulas, John. Human Rights, Legitimacy, and International Law 2013 en ligne : <https://www.academia.edu/2359134/Human_Rights_Legitimacy_and_International_Law>.
- Tessonneau, Alex-Louise, et François Leimdorfer, « Légitimité sociologique et analyse de discours : Le parcours de la légitimité dans les textes de l'Unesco sur l'éducation de base » (1986) 37 : 1 Lang. Société.
- Teubner, Gunther, *Le Droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 1993.
- Thomas, Chris, « The Concept of Legitimacy and International Law » (2013).
- Tulkens, Françoise, et Sébastien Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Grenoble, Université Pierre-Mendès, 2002.
- Tulkens, Françoise, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis » (2014) 98 Rev Trim Dr H.
- Vardabasso, Valentina, « La Convention européenne des droits de l'homme » (2007) n° 131 : 3 Relat. Int.
- Varela, Francisco, *Autonomie et connaissance : Essai sur le vivant*, Seuil, Seuil, 1989.
- Vasak, Karel, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1964.

Voeten, Erik, « The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights » (2008) 102 : 04 Am. Polit. Sci. Rev.

Weber, Max. La domination légale à direction administrative bureaucratique Text
texte 2 février 2005 en ligne :
 <http://classiques.uqac.ca/classiques/Weber/domination_legale_direction/domination_legale_dir_texte.html>.

Wheatley, Steven, « A Democratic Rule of International Law » (2011) 22 : 2 Eur. J. Int. Law.

Wheatley, Steven, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Wildhaber, Luzius, « Place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », Bruxelles, 2002.

Zwart, Tom, *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

2. Textes législatifs, Travaux préparatoires et Rapports

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U 331

Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, 11 mai 1994, 155 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/155.htm>>

Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, 12 mai 2009, 194 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>> Supra 193

Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales 24 juin 2013, 213Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/213.htm>> Supra 200

Rapport explicatif du *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/155.htm>>

Statut du Conseil de l'Europe, 5 mai 1949, 001 Eur. T.S., en ligne : Conseil de l'Europe <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/treaties/html/001.htm>>

Travaux préparatoires des articles 45 et 49 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5, en ligne <<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART45+49-CDH%2870%2932-BIL2888561.pdf>>

Travaux préparatoires des articles 53 et 54 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213. R.T.N.U 221, S.T.E 5, en ligne <<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART53+54-CDH%2872%2927-BIL2888506.pdf>>

3. Arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme

Abdülsamet Yaman c. Turquie n° 32446/96 [2004], CEDH 572, 40 EHRR 49.

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, n° 61498/08, [2010] CEDH 285, 51 EHRR 9

Airey c. Irlande (1979) 32 CEDH 3 (série A), 2 EHRR 305.

Ashot Haroutounian c. Arménie, n° 34334/04, 15 juin 2010

Assanidzé c. Géorgie [GC], n° 71503/01, [2004] II CEDH 155, 39 EHRR 32.

Banković et autres c. Belgique et autres [GC], n° 52207/99, [2001] XII CEDH 890, 44 EHRR SE5.

Bati et autres c. Turquie, n° 33097/96 [2004], IV CEDH 246.

- Belilos c. Suisse* (1988) 132 CEDH 4 (série A), 10 EHRR 466.
- Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, [2006] III CEDH 96, 41 EHRR 13
- Broniowski c. Pologne* [GC] (règlement amiable), n° 31443/96, [2005] IX CEDH 29, 43 EHRR 1
- Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, [2001] IV CEDH 331, 11 BHRC 45.
- Claes et autres c. Belgique*, n° 46825/99, [2005] ECHR 352.
- Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, [2012] CEDH 1686
- Cossey c. Royaume-Uni* (1991), 184 CEDH (série A) 21, 13 EHRR 622
- De Becker c. Belgique* (1962), 4 CEDH (série A) 1, 1 EHRR 43
- Dikme c. Turquie*, n° 20869/92 [2000], VIII CEDH 366.
- Drozd et Janousek c. France et Espagne* (1992), 648 CEDH 240 (série A), 14 EHRR 745.
- El-Masri c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09 [2012] CEDH 2067, 57 EHRR 25.
- Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05[2010], CEDH 759, 52 EHRR 1.
- Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00, [2004] III CEDH 225, 45 EHRR 45
- Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08, [2011], CEDH 686, 53 EHRR 21.
- Hirst c. Royaume-Uni*, n° 40787/98, [2001], IX CEDH 481.
- Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, [2004] VII CEDH 1, 40 EHRR 46
- İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93 [2000] VII CEDH 354, 34 EHRR 36.
- Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96 (16 novembre 2004)
- Jovanović c. Croatie* (déc.), n° 59109/00, [2002] III CEDH 557

- Kadiķis c. Lettonie* (déc.), n° 47634/99 (29 juin 2000)
- Kholodov et Kholodova c. Russie* (déc.), n° 30651/05 (14 septembre 2006)
- Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (1976), 23 CEDH (série A) 6, 1 EHRR 711.
- Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98 [2004], IX CEDH 446, 41 EHRR 4.
- Korobov v. Ukraine*, n°39598/03[2011], CEDH 1180.
- Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99 [2004], CEDH 458, 41 EHRR 50, au para. 53.
- Lawless v. Ireland (no.3)* (1961), ECHR 2, 1 EHRR 15.
- Loizidou c. Turquie* (1991), VI CEDH 73.
- Makaratzis c. Grèce* [GC], n°50385/99 [2004], XI CEDH 694, 41 EHRR 49.
- Marckx c. Belgique* (1979) 31 CEDH 2 (série A), 2 EHRR 330.
- Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande* (1992), 246-A CEDH 68 (série A), 15 EHRR 244
- Osman c. Royaume-Uni* (1998), VII CEDH 101, 29 EHRR 245
- Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* (1998), CEDH 1, 26 EHRR 121
- Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04 [2010], CEDH 22, 51 EHRR1.
- Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01 (28 juin 2007)
- Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 CEDH (série A) 14, 11 EHRR 439.
- Stamoulakatos c. Grèce (n° 1)* (1993), 271 CEDH (série A) 48, 17 EHRR 479
- Tarakhel c. Suisse* [GC], no. 29217/12 [2014], CEDH 1185.
- Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) 26 ECHR 2 (série A), 2 EHRR 1.
- Vermeire c. Belgique* (1991) 214-C CEDH 56 (série A), 15 EHRR 488.

Vorochilov c. Russie (déc.), n° 21501/02 (8 décembre 2012)

X c. Portugal (1982), 31 Comm. Eur. DHDR 204

Yağcı et Sargin c. Turquie (1995), 319-A CEDH 20 (série A), 20 EHRR 505

4. Ressources électroniques

Boeglin, Nicolas. Le Retrait du Venezuela de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme *Centre d'études interaméricaines* en ligne : <http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/article._nicolas_boeglin_venezuela.pdf>.

Christakis, T. «Interprétation évolutive ou confusion jurisprudentielle ? Le risque de dilution de la notion de « droit » par le recours à la « marge nationale d'appréciation » dans l'arrêt *Schalk and Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 de la CEDH», *Centre d'études sur la sécurité internationale et les coopérations européennes*, en ligne : <<http://cesice.upmf-grenoble.fr/manifestations/interpretation-evolutive-ou-confusion-jurisprudentielle-le-risque-de-dilution-de-la-notion-de-droit-par-le-recours-a-la-marge-nationale-d-appreciation-dans-l-arret-schalk-and-kopf-c-autriche-du-24-juin-2010-de-la-cedh-par-t-christakis-106362.htm>>

David Cameron, «Why I'm determined to scrap the Human Rights Act», *Sun Nation*, 14 juin 2015.

ECHR and Promotion of the Rule of Law in Russia: Russia's compliance with ECHR judgments en ligne : <<http://echrussia.blogspot.ca/2011/09/russias-compliance-with-echr-judgments.html>>.

Elgot, Jessica, « British Judges Not Bound by European Court of Human Rights, Says Leveson », *The Guardian*, 24 mai 2015.

Hervieu, Nicolas. Cour européenne des droits de l'homme : Elections, renouvellement(s) et pages tournées au sein de la Cour *La Revue des Droits de l'Homme* 2012 en ligne : <<http://revdh.org/2012/09/10/renouvellements-et-pages-tournees-au-sein-de-la-cour-edh/>>.

Reidy, Aisling. «L'Interdiction de la torture», *Conseil de l'Europe*, en ligne :
<<http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-FR-HRHAND-06%282003%29.pdf>>

Sudre, Frédéric, « À Propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme » *La Semaine Juridique* n^{os} 28 (2001).